

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LÉGALITÉ ET NÉCESSITÉ

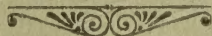
THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 9 Mars 1933

PAR

JEAN RAÏCIU

PRÉSIDENT : M. Joseph BARTHÉLEMY
SUFFRAGANTS : M. MESTRE
M. LAFERRIÈRE



PARIS
LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON ET C^{ie}
160, Rue Saint-Jacques

1933

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

**LÉGALITÉ
ET NÉCESSITÉ**



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LÉGALITÉ ET NÉCESSITÉ

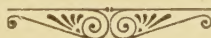
THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 9 Mars 1933

PAR

JEAN RAÏCIU

PRÉSIDENT : M. Joseph BARTHÉLEMY
SUFFRAGANTS : M. MESTRE
M. LAFERRIÈRE



PARIS
LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON ET C^{ie}
160, Rue Saint-Jacques

—
1933



INTRODUCTION

L'Etat moderne, produit d'un long et pénible effort des nations civilisées, est un *Etat de droit*. Par cette expression on comprend que toute activité étatique doit être conçue comme dirigée, inspirée et limitée par des normes au caractère général et impératif qu'on appelle d'un terme générique lois. On désigne cette discipline dans le droit public moderne sous le titre de *principe de légalité* et elle constitue, d'après nous, le principe crucial de la science juridique en général. Mais, pour avoir un caractère vraiment scientifique, le principe de légalité doit se rencontrer partout où un Etat a abouti à un certain stade de son évolution juridique tel qu'on puisse l'appeler un Etat de droit et s'affirmer dans n'importe quelle circonstance de la vie de l'Etat sans s'être démenti par les faits. La loi, elle-même produit des faits sociaux, doit être aménagée de telle manière qu'aucun des faits dans l'activité de l'Etat ne sorte du cadre de ses commandements. Née des nécessités du passé, idéalement, elle doit prévoir dans sa généralité toutes les possibilités de l'avenir pour qu'aucun des faits nécessairement imposés à la vie étatique ne sorte du cadre de ses prévisions.

Tant que la marche de la vie sociale est normale, aucune contradiction au principe de la légalité n'est logiquement concevable. Mais des accidents arrivent, et la vie est riche en accidents, des nécessités surgissent que l'Etat ne peut

ignorer sans se voir diminué dans son autorité ou menacé dans son existence. Les faits débordent le cadre des prévisions de la loi et alors se pose le grand dilemme juridique : faut-il coûte que coûte respecter le principe cardinal de l'Etat moderne, ou renoncer pour le moment d'être un Etat de droit, pour sauver ce qu'on peut et rester tout simplement un Etat ?

Tel est le problème dans son sens le plus simple possible que nous nous proposons. Mais nous nous voyons obligés d'avouer que, même sous cette forme, il nous paraît trop délicat pour qu'on puisse répondre tout simplement par un oui ou par un non catégorique.

La science juridique allemande, il y a un demi-siècle, n'hésitait pas à résoudre ce difficile problème d'une manière telle, que si elle ne manquait pas d'envergure, nous paraît par trop brutale. Avec son *Notrecht*, son *Staatsnotrecht* et ses *Notverordnungen*, on écartait la difficulté par un appel au principe du « droit de la force ». Sans entrer dans l'analyse de ces théories, nous nous contenterons pour le moment de remarquer que la notion du droit de la force est un non-sens juridique et, tant que la force n'est pas dominée par le droit et mise à son service et aussi longtemps qu'on oppose l'une à l'autre, on est hors du cadre de la science juridique.

Les Etats modernes ont dû subir dernièrement, dans la marche normale de leurs institutions, un des grands accidents qui a mis à l'épreuve le principe de légalité : la guerre, et « la guerre est l'épreuve des institutions comme le feu est l'épreuve de l'or » (1).

(1) Jos. Barthélemy, *La crise de la démocratie contemporaine*, Paris, Sirey, 1931.

La science juridique, en tant que science d'observation, a pu tirer de la guerre les plus riches enseignements en ce qui concerne l'antagonisme entre la légalité et la nécessité. Sous l'immense pression du grand fait que fut la guerre, la machine de l'Etat a dû faire un effort excessif. De l'étude comparée des diverses formes de l'Etat, des différentes législations et surtout des différentes méthodes de gouvernement, on peut dégager lesquelles sont les plus aptes à subir l'effort suprême sans craquer.

A la mêlée ont pris part des Etats à forme plus ou moins autocratique et des Etats à forme plus ou moins démocratique. On a fait des prévisions favorables pour les premiers (1) et il semblait que c'était dans la logique des choses. La guerre exige un maximum de concentration des pouvoirs dans l'Etat et la démocratie suppose un morcellement plus ou moins grand de ces forces (2) ; le caractère immanent de la démocratie c'est l'auto-limitation de l'individu, donc le principe de la liberté individuelle, et la conduite de la guerre implique surtout la négation de l'auto-détermination et de la liberté. L'antagonisme de principe entre la démocratie et la guerre se traduit par un antagonisme des méthodes : la démocratie suppose comme garanties des lois générales et un contrôle constant, soit parlementaire, soit judiciaire, lequel suppose une certaine lenteur ; or, la conduite de la guerre est gênée par le contrôle et détruite par la lenteur. En outre, les nations libérales sont, par la force des choses, pacifiques, tandis qu' « à une politique

(1) Exemple : Marcel Sembat, *Faites un roi ou sinon faites la paix*, Paris, 1913.

(2) Cf. Kelsen, *Aperçu d'une théorie générale de l'Etat*, *Revue du droit public*, 1926, p. 628, et *La démocratie, sa valeur et sa vertu*, Sirey, Paris, 1932.

extérieure systématiquement agressive ne peut correspondre à l'intérieur une politique libérale » (1). Par conséquent, les autocraties doivent être, par leur structure politique, mieux outillées pour la guerre. Il paraissait ainsi que la méthode démocratique était vouée à un échec complet devant l'impérieuse nécessité des faits.

Pourtant, fait paradoxal, l'expérience de la guerre semble avoir prouvé que les Etats démocratiques peuvent sortir sains et saufs de la grande épreuve, tandis que les formes autocratiques tour à tour s'écroulent — tôt ou tard — emportées par le vent de la guerre. Il serait peut-être exagéré d'affirmer qu'il y a un rapport de causalité direct entre la forme de l'Etat et la victoire ou la défaite. Ce n'est pas là le problème que nous posons ici. Mais c'est une vérité historiquement acquise que les Etats, dont le principe cardinal est celui de la légalité, sont sortis de la guerre renforcés, tandis que ceux dont la devise plus ou moins avouée était : *nécessité n'a pas de loi*, ont dû subir, soit une refonte violente, soit une transformation radicale.

Mais, à ce paradoxe apparent, un autre s'oppose dans l'ordre de la succession historique : Il paraissait logique que, la preuve de la méthode démocratique étant faite par la guerre, l'idée démocratique soit définitivement acquise comme la plus adéquate aux temps troubles qui la suivirent. La logique la plus élémentaire et le plus simple pragmatisme semblaient commander ce mouvement d'opinion favorable à la démocratie et au légalisme. Il n'en fut rien. Depuis la guerre, on parle chaque jour avec plus

(1) Jos. Barthélemy, *Du renforcement du pouvoir exécutif en temps de guerre*, dans *Problèmes de politique et de finances*, Paris, Alcan, 1915, p. 102.

de persistance de « crise de la démocratie », de « crise de l'Etat », de l'Etat démocratique bien entendu. Cette crise — plutôt idéologique que pratique — est apparue dès avant la guerre, mais depuis elle a pris des formes tellement aiguës, qu'aujourd'hui on est arrivé à cette situation assez paradoxale, qu'il faut faire preuve d'un certain courage pour s'avouer encore défenseur de l'idée démocratique.

Mais la crise ne se manifeste pas seulement dans le domaine idéologique. La vie politique semble suivre la trace de l'idée. En réalité, c'est plutôt l'idée qui est venue justifier le mouvement politique. En Europe, en dehors des quelques pays où le principe de légalité est mitigé d'arbitraire, ou pour mieux dire, l'apparence de légalité couvre la réalité d'arbitraire, nous avons deux Etats dont le principe plus ou moins avoué est l'alégalisme. En Russie soviétique et en Italie fasciste, la structure intime de l'Etat implique la négation catégorique et définitive du principe de légalité, du moins tel qu'il est conçu par la science juridique moderne. Et la suprême justification de cette forme d'Etat, justification qu'on peut dégager de la doctrine fasciste et de la doctrine soviétique, c'est en dernière analyse : la nécessité de la vie étatique ou les nécessités de la vie sociale. L'expérience que font ces deux pays, si elle est de la plus grande importance pour la science politique, n'intéresse pas moins le juriste de nos jours.

La vie juridique a ses imprévus comme la vie en général. La refonte radicale de la législation qui s'est opérée dans presque tous les pays civilisés il y a plus d'un siècle, correspond-elle encore aux nécessités politiques et surtout aux nécessités sociales du jour ? Le Code Napoléon, magnifique édifice construit par des juristes à cheval sur deux régimes différents, a vieilli. Malgré l'incessante adaptation

législative, malgré l'effort quotidien de la jurisprudence, il est possible qu'un jour viendra où le texte de ses articles n'aura plus qu'une valeur historique. Les notions de propriété, de convention, de succession sont aujourd'hui si loin de celles de 1804, que les juristes quelquefois ne peuvent que se contenter d'en constater la transformation. Et encore, dans les rapports du droit privé, l'insuffisance des textes est suppléée par le rôle du juge. Le droit privé a sur le droit public cet avantage que, dans celui-là, la décision finale appartient toujours au juge ; ainsi le principe de légalité est plus facilement respecté, tandis que dans le domaine du droit public le rôle du juge est encore assez réduit.

Dans les derniers temps, l'Etat a vu s'accroître d'une façon considérable ses fonctions sous la pression des nécessités. De l'Etat d'il y a un siècle et qui n'avait pas à assurer d'autres fonctions que celles de la défense nationale, la police et la justice, on est arrivé aujourd'hui à l'Etat — non pas omnipotent comme certains l'affirment — mais à un Etat qui se voit chargé d'attributions de plus en plus nombreuses, et le jour n'est peut-être pas très loin où l'on verra l'Etat moderne englober toutes les fonctions de la vie sociale.

Depuis quelques années, un déséquilibre imprévisible s'est produit entre les moyens de production des richesses et les possibilités de consommation. Ce déséquilibre commence à menacer de déranger un autre équilibre, celui-ci d'ordre politique : l'équilibre des classes. Il semble que la machine étatique capitaliste ne satisfait plus les nécessités actuelles de l'humanité ; du moins on en doute, et le doute est presque général. Nous ne voulons pas anticiper sur l'avenir, mais il est assez probable que les transformations

radicales doivent se produire dans l'ordre économique et que celles-ci détermineront aussi la transformation des formes politiques actuelles. Les peuples ne s'ankylosent pas longtemps dans la souffrance pour l'amour d'un principe et les traditions ne sont respectées qu'autant qu'elles sont utiles.

Il semble donc unanimement admis que la crise actuelle, sous tous ses aspects, est tellement profonde et d'autant plus profonde qu'elle n'était pas attendue. Le droit positif des différents Etats modernes se trouvera un jour placé devant des événements qui déborderont le cadre de ses prévisions. Et alors commencera la lutte de l'Etat pour sa conservation et l'élément réformateur qui voudra un Etat à lui, construit de toutes pièces en vue de satisfaire les aspirations du moment. L'Etat moderne aura-t-il assez de souplesse dans ses institutions pour s'adapter sans succomber et en même temps ne pas tomber en anarchie ?

De l'autre côté, l'élément de transformation sociale ne pourra-t-il trouver dans l'Etat de notre siècle la possibilité de satisfaire les nécessités du moment et les aspirations de l'avenir sans se voir obligé de recourir aux *vacances de légalité*, sinon d'arborer le drapeau de l'alégalisme ? D'un côté le principe d'ordre, de l'autre côté le principe de progrès social. L'antagonisme entre ces deux principes peut-il aller jusqu'au point qui touche l'irréconciliable ?

Il paraît à certains réformateurs que le droit s'oppose aux exigences des réformes nécessairement imposées par un idéal de plus grande justice et de plus grand bonheur social. Ils parlent d'un droit de classe, comme si le droit était une religion immuable et ils oublient que c'est le même droit du prêteur romain qui, transformé par les nécessités, a régi l'ordre de la société de l'ancien régime et

celle qui est sortie de la Révolution française. Le but du droit c'est la paix sociale. La loi n'est qu'un compromis entre les intérêts qui peuvent être opposés, entre les classes qui peuvent devenir belligérantes ; son but est d'assurer la fonction du droit dans toutes les circonstances. Elle est pour la liberté individuelle, la meilleure garantie que l'esprit humain a pu inventer jusqu'à nos jours. La prépondérance de la loi assure que toute transformation sociale doit se faire avec le respect de la paix et de la liberté humaine.

On reproche au droit son formalisme comme un obstacle aux transformations non violentes imposées par les nécessités. On ne voit dans ce formalisme que le caractère conservateur du droit. Mais pour le juriste qui veut approfondir la vie du droit, ce formalisme apparaît comme un instrument — peut-être primitif — mais sûr, pour garantir le principe de légalité et la liberté de l'homme. Ihering, une des plus brillantes intelligences juridiques, remarquait : « C'est un fait qui prête à la réflexion de voir la forme disparaître précisément où le bon plaisir souverain s'était mis sur le trône, s'affirmant ouvertement et sans réserve comme un principe suprême de droit public. Mais, à l'époque des empereurs byzantins, l'oraison funèbre dont ils accompagnèrent la disparition de la forme, l'aversion et le mépris qu'ils lui témoignèrent nous feront toucher du doigt le rapport qui existe entre la liberté et la forme. Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté (1). »

Mais l'obstacle du formalisme n'est qu'apparent. Le for-

(1) Ihering, *L'esprit du Droit romain*, trad. Meulemeure, Paris, Marescq, 1888, t. III, p. 164.

malisme ne veut pas dire l'immutabilité. Les formes changent aussi facilement que la matière du droit et — par malheur, quelquefois beaucoup plus facilement qu'elle — et notre époque nous fournit un grand nombre d'exemples où l'on voit des législateurs changeant la forme du droit, tout en ayant l'illusion de réformer sa matière.

Toutes les revendications d'ordre social, toutes les idéologies que connaît l'histoire de l'économie sociale, depuis Saint-Simon jusqu'à Lénine, ne sont en dernière analyse que des postulats juridiques qui réclament nécessairement, logiquement, une transformation des rapports juridiques. Le socialisme, dans sa partie critique et dans sa partie constructive, n'est qu'une doctrine de critique juridique et un système de construction juridique. On n'a peut-être pas assez insisté sur ce caractère du socialisme (1). Il aspire à la conquête du pouvoir et la transformation de l'Etat, notions assez imprécises, sujet d'incessantes contradictions et qui ne sont que des moyens pour réaliser l'idéal d'un système juridique nouveau. Idéal de l'unité de l'Etat, idéal de justice, de paix et de bien-être humain, peut-il se réaliser dans le cadre de la légalité telle qu'elle est conçue par l'Etat moderne, ou faut-il que l'arbitraire apparaisse chaque fois que la société rencontre sur son chemin de nouvelles difficultés et de nouvelles nécessités ?

Tel est, en ligne générale, le problème qui nous préoccupe. Trop vaste dans son ensemble, nous nous proposons, autant que possible, de le réduire au cadre du droit public interne. Loin de nous la prétention de le résoudre même d'une façon provisoire. Nous serons satisfait si nous réus-

(1) Cf. Charles Andler, *Introduction à La théorie des droits acquis* de Lassale, Giard, Paris, 1904, p. 1 et suiv.

sissons seulement à *le poser* d'une manière scientifique et d'apporter ainsi une modeste contribution à l'étude du droit public.

La méthode que nous tâcherons d'employer constamment sera celle d'observation. Nous nous efforcerons de suivre le conseil de Dicey sur l'étude des constitutions : « Aujourd'hui, ceux qui étudient la constitution ne veulent ni critiquer ni adorer ; ils veulent comprendre, et le professeur chargé d'enseigner le Droit constitutionnel doit savoir qu'il n'est pas appelé à remplir le rôle d'un critique, d'un apologiste ou d'un panégyriste, mais seulement celui d'un interprète ; son devoir n'est pas d'attaquer ou de défendre la constitution, mais seulement d'en expliquer les lois (1). » Mais, nous croyons ne pas pouvoir suivre exactement la ligne tracée par l'éminent juriste anglais. Le droit n'est pas une science biologique de pure observation. Il a un but, d'où son caractère pragmatique. Le but du droit n'est pas réalisé par le fait qu'il a réussi à formuler des lois au caractère général. C'est alors que commence son œuvre, par l'application des vérités immanentes qui se dégagent de l'observation des faits. Il n'a pas son but en lui-même, mais dans son application ; il n'est qu'un moyen, une méthode pour réaliser certains buts. Il est donc impossible pour le juriste d'observer une neutralité parfaite devant les phénomènes juridiques qu'il constate et de s'abstenir d'une appréciation des valeurs.

En ce qui concerne le problème qui nous préoccupe, la méthode du Droit public comparé est de la plus grande utilité. De l'étude des institutions des différents pays, on

(1) Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Giard, Paris, p. 4.

peut se rendre compte lesquelles seront plus aptes à prévenir les crises prévisibles et faire traverser sans trop grandes secousses celles qui sont imprévisibles.

Nous nous proposons aussi de suivre autant que possible cette méthode, qui consiste à dégager la réalité du fait juridique sous l'apparence des institutions trompeuses.

Il faut aussi avoir toujours présent à l'esprit l'idée qu'une institution, admirable pour un pays, peut être inutile dans un autre moins évolué. C'est ici que réside l'une des plus grandes difficultés du droit comparé. Mais, de l'autre côté, il ne faut pas oublier qu'un courant d'imitation, de plus en plus accentué, déterminé par la facilité des échanges d'idées, a entraîné une certaine similitude entre les hommes et les institutions à travers les pays et les continents (1). Il existe actuellement des pays qui pendant longtemps, soit à cause des circonstances de leur histoire, soit à cause de leur situation géographique particulière, ont été tenus à l'écart du grand courant cultural du monde moderne. Leur population n'est ni arriérée ni civilisée. Les faciles moyens de communications, l'échange rapide des idées, a mis ces populations en contact avec d'autres, dont l'évolution politique s'est faite normalement à travers des siècles et dont les institutions perfectionnées sont le produit normal de leur évolution. Une loi naturelle de la vie pousse les premiers pays à imiter les autres, à adopter les institutions expérimentées, vieilles et respectables. Prétendre que chaque collectivité humaine doit se contenter des institutions produites par leur sol, serait une aberration contraire au

(1) Cf. Durckheim, *De la division du travail social*, Alcan, Paris, 1926, p. 105 et suiv. ; Tarde, *Les lois de l'imitation*, Alcan, 1890, p. 19. — C. Bouglé, *Les idées égalitaires*, Alcan, Paris, 1912.

progrès. Prétendre par exemple que les pays, dont la population compte plus de 50 % d'illettrés, ne peuvent aspirer à la démocratie, c'est les condamner, pour longtemps encore, à l'autocratie et à l'analphabétisme.

Mais dans quelle mesure les institutions empruntées peuvent-elles être utiles ? L'Angleterre par exemple a fait la guerre sans une loi sur l'état de siège, sans législation permettant les restrictions abusives de la liberté individuelle, sans une disposition constitutionnelle spéciale, mais avec un renforcement légal de l'exécutif, et pourtant elle a fait la guerre sans secousse ni illégalité. Elle a trouvé dans son *common law* l'instrument suffisant pour réaliser ce prodige. Prétendre qu'un autre pays puisse emprunter la législation anglaise et obtenir le même résultat, ce serait soutenir une absurdité aussi évidente que l'autre.

Il n'est pas moins vrai que depuis presque un siècle, le monde civilisé vit dans une sorte de communauté internationale, produit de la facilité des échanges de toutes sortes. Cette communauté s'affirme de plus en plus, en dépit des entraves passagères qu'on lui oppose. Le progrès des institutions politico-sociales devient un patrimoine commun, comme le progrès de la science et il est de plus en plus impossible que le succès d'une institution dans un pays n'ait son retentissement et n'exerce son influence sur le développement juridique des autres nations. On a très bien remarqué, par exemple, que les siècles mettent plus de distance entre l'Egypte du Prophète et l'Egypte moderne que la Méditerranée entre la Cour d'Aix et celle d'Alexandrie.

* * *

Nous croyons nécessaire d'aborder l'étude sur l'anta-

gonisme entre la légalité et les nécessités de tout ordre qui se dressent devant elle, par une analyse du concept juridique de la légalité, c'est-à-dire de ce qu'on appelle *l'Etat de droit* ou *l'Etat moderne*. Il n'est peut-être pas inutile d'avouer dès maintenant, que nous ne pouvons pas concevoir l'Etat de droit en dehors de la démocratie qui forme le support et la garantie du principe de légalité. Par principe de légalité, qui donne son caractère juridique à l'Etat moderne, on comprend *le règne du droit vis-à-vis de tous et surtout vis-à-vis de l'Etat même*. Ce but ne peut être réalisé, avec toute la bonne volonté des gouvernants quelqu'ils soient, que par une seule méthode : la démocratie.

La démocratie, par définition, c'est la collaboration des gouvernés à la volonté étatique. Intégralement elle est un idéal qui n'a jamais été atteint jusqu'à nos jours. Ses moyens de réalisation sont différents. Le principe de séparation des pouvoirs, la subordination des lois de différents degrés, le parlementarisme ne participent pas de l'essence même de la démocratie, mais n'en sont que des auxiliaires et toujours des moyens techniques pour garantir le principe de légalité.

Avant d'étudier comment l'Etat de droit est organisé contre les nécessités, nous croyons devoir aborder l'étude des régimes qui n'ont d'autre arme devant l'imprévu de la vie juridique que la force. Ensuite, nous tâcherons de pénétrer le mécanisme dont l'Etat de droit est outillé pour pouvoir surmonter les crises de toutes sortes.

Nous ne pouvons pas terminer notre travail avant de donner un aperçu de ce que nous appellerons « les fausses nécessités », phénomène assez fréquent et caractéristique à notre époque où l'opinion populaire compte de plus en plus même dans des Etats où les gouvernants affichent

un suprême dédain envers elle. Les détenteurs plus ou moins passagers du pouvoir étatique, n'osant plus violer ouvertement le droit, invoquent comme excuse à cette transgression, la nécessité, quelquefois la nécessité sociale, le plus souvent la nécessité de l'Etat. Sous la violation se cache souvent le mépris pour le droit, sous la nécessité, l'intérêt personnel de parti ou de classe.

TITRE PREMIER

L'État de Droit.

CHAPITRE PREMIER

Le concept juridique de la légalité.

1. — *La force, origine et cause des transformations de l'Etat.*

L'Etat, c'est la notion fondamentale du droit public et de la science politique. De la manière dont on envisage et on définit ce point de départ, dépend logiquement toute l'attitude du juriste en face des problèmes que soulèvent les rapports de l'Etat avec le droit, avec les individus et avec les autres collectivités étatiques ou non étatiques.

Mais cette définition est tellement difficile que longtemps encore les juristes et les sociologues n'arriveront à se mettre d'accord sur les caractères essentiels de ce grand phénomène qu'est l'Etat. La difficulté provient de la variété infinie des aspects sous lesquels l'Etat se présente et de la presque généralité du phénomène dans la vie sociale. L'esprit est tellement habitué à voir l'être humain à travers l'Etat que l'imagination ne peut le dégager de cet aspect. « Supprimons les rapports avec la nation et l'Etat... et nous ne nous rencontrons plus dans le misérable résidu qui en reste », disait Girke. On est tellement habitué à voir l'Etat seulement sous la forme de celui dont on subit la loi qu'il est

difficile de s'en représenter un autre quand on veut définir l'Etat en général. Ainsi s'explique que les concepts juridiques sur l'Etat peuvent se classer d'après les frontières nationales des juristes qui les ont fondés. Une deuxième difficulté découle de la tendance traditionnelle des juristes à confondre les réalités juridiques avec le besoin de justifier, là où il ne s'agit que de décrire, ou tout au plus d'expliquer.

Nous nous proposons, non pas de définir l'Etat avec tous ses caractères intrinsèques, mais seulement de montrer comment il apparaît dans son aspect matériel, non pas du point de vue de son but et de ses fonctions, mais nous tâcherons de le caractériser seulement en tant que phénomène social.

Entre le petit clan primitif, à caractère familial, la horde simple et inorganisée et l'Etat moderne géant et compliqué, il y a des caractères communs qui sont de l'essence de n'importe quelle organisation étatique. Ces caractères communs sont :

a) la différenciation entre celui ou ceux qui commandent et ceux qui exécutent les commandements, c'est-à-dire entre les gouvernants et les gouvernés, et

b) une puissance irrésistible dans la main des gouvernants qui, par ce fait, exercent le monopole de la contrainte dans la collectivité (1).

Il est vrai que dans les formations primitives on rencontre ces deux éléments caractéristiques de l'Etat, attribués aux groupements que nous ne considérons aujourd'hui que

(1) Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., Paris, 1927, t. I, p. 535, 655 et suiv., 650 : *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, t. I, p. 261 et suiv. ; Ch. Bouglé et Raffault, *Eléments de sociologie*, Paris, 1926, p. 147 et suiv. ; Harold Lasky, *A grammar of Politics*, 2^e éd., London, 1931, p. 26 et 295.

comme associations privées : les Eglises, les groupements locaux, les conseils de famille et qui, sous une forme primaire, ne sont pas moins des Etats dont ils ont les caractères et l'aspect (1).

En dehors de ces deux traits essentiels, l'Etat peut avoir un aspect juridique, économique ; il peut s'attribuer des fonctions, s'arroger des buts. Ce ne sont que des caractères, non pas secondaires, mais supplémentaires, et dans une certaine mesure, sporadiques. Les deux traits que nous avons montrés ont un caractère de permanence dans n'importe quelle forme de l'Etat et sous n'importe quel aspect de son évolution.

Nous avons eu une preuve assez récente, dans la reconnaissance internationale de U. R. S. S. de ce qu'on doit comprendre par un Etat. La Russie soviétique s'est constituée comme Etat d'une manière contraire aux notions modernes de légitimité du pouvoir et du droit. Les nations civilisées ont d'abord hésité à reconnaître la nouvelle formation politique, produit d'une usurpation illégale. Mais, dès que l'anarchie a cessé, dès qu'a commencé de se dessiner nettement la différenciation entre les gouvernants et les gouvernés par le monopole de la contrainte dans la main des premiers, tous les pays ont dû lui reconnaître le caractère d'Etat. L'anarchie, comme le constate M. H. Berthélemy avec raison (2), n'est pas une forme de gouvernement, n'est pas un Etat ; l'Etat s'oppose à l'anarchie par cette différenciation, indifféremment de la légitimité et du droit.

(1) Sir P. Vinogradof, *Principes historiques du droit. Introduction. Le droit de la tribu*, trad. Duez, Paris, 1924, p. 309.

(2) H. Berthélemy, *De la méthode applicable à l'étude du droit administratif*, dans *Méthode juridique*, Paris, 1911, p. 65.

Les juristes, depuis le sorcier de la tribu primitive, jusqu'au docteur de nos jours, ont fait des efforts vains pour justifier le droit en vertu duquel une volonté humaine peut s'imposer à une autre volonté. Pour l'inégalité de fait il fallait construire une théorie sur l'inégalité des droits. Mais toutes ces théories juridiques étaient condamnées d'avance, du fait que rien ne peut être démontré contre cette vérité première qu'en principe une volonté est égale à une autre.

C'est un phénomène constant, riche en conséquences, que la force a trouvé toujours nécessaire de se justifier. N'est-ce pas une explication du sentiment qu'a toujours la force de n'être jamais légitime par elle-même ? En tous cas, la simple force matérielle s'avoue impuissante de commander longtemps. « Le plus fort, disait Rousseau, n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit et l'obéissance en devoir ». D'où le besoin de se justifier. Dès l'origine du droit on trouve ce besoin. Les premiers juristes de l'Etat sont les prêtres parce que la religion est la première justification et le plus puissant auxiliaire de la force qui commande. Ainsi s'explique pourquoi, jusqu'à la veille des temps modernes, la science juridique était inséparablement liée à la cléricature (1).

D'autant le nombre des gouvernants est disproportionné au nombre des gouvernés, d'autant la force gouvernante sent la nécessité de justifications. M. Duguit remarquait (2) que dans les démocraties antiques, en Grèce et à Rome, ni

(1) Cf. Sumner-Maine, *Etude sur l'ancien droit et coutumes primitives*, Paris, Thorin, 1884, p. 42 ; Fustel de Coulanges, *La cité antique*, Hachette, 1892, p. 166 et suiv.

(2) Duguit, *Traité*, t. I, p. 585.

Platon ni Aristote ni Polybe ni Cicéron n'ont trouvé nécessaire de légitimer la forme du gouvernement. Au contraire, de nos jours, plus les gouvernements font appel à la force matérielle, plus ils trouvent nécessaires de se légitimer. Ainsi nous assistons aux efforts suprêmes du fascisme et du soviétisme pour justifier par une dialectique plus ou moins habile, leur gouvernement, tandis que la littérature juridique de l'Angleterre, de la France, et d'autres Etats démocratiques n'ont plus cette préoccupation.

Chaque forme d'Etat a eu sa théorie de la souveraineté du pouvoir : la royauté absolue la théorie du droit divin, l'Etat patrimonial sa théorie de droit romain et enfin la démocratie la théorie de la souveraineté nationale. Toutes ces théories sont apparues après le fait du pouvoir qu'elles devaient légitimer et, si elles ont contribué à le renforcer dans la mesure où elles correspondaient à la mentalité du temps, elles n'ont réussi ni à le justifier d'une manière durable, ni à l'expliquer. La raison en est que toutes partaient d'un concept abstrait pour arriver à la réalité, au lieu de faire de l'observation de la réalité juridique le support du concept abstrait.

Ihering semble être le premier juriste qui a vu le rôle de la force dans la formation de l'Etat (1). Mais il attribue un pouvoir créateur du droit à l'Etat : « La puissance du plus fort dictant le droit au plus faible ». Pour lui, la force « assagie » s'annexe le droit et devient « la force juste ». Toujours donc cette préoccupation de donner une légitimation juridique au pouvoir de contrainte, préoccupation

(1) Ihering, *Der zwech in recht*, t. I, trad. française sous le titre de *L'évolution du droit*, Paris, Marescq, 1920, p. 145, 146, 166, 197 et suiv.

qui embrouille les explications sur l'origine de l'Etat et écarte l'explication de ses transformations ultérieures. Mais de la doctrine de Ihering se dégage cette vérité qu'un gouvernement, quel qu'il soit, ne peut se maintenir longtemps, fondé seulement sur la prépondérance du fort sur les faibles et que, dans l'intérêt de la conservation de son propre pouvoir, « le fort » doit toujours « faire la paix » avec les faibles par des concessions qui tendent à établir l'équilibre rompu. Cette constatation est un des éléments utiles à expliquer la transformation successive de l'Etat.

*
* * *

Les différentes formes d'Etat n'apparaissent comme : Etat de droit divin, Etat patrimonial ou Etat à souveraineté nationale, — qui ne sont pas de vraies formes d'Etat, mais les explications doctrinales de la force étatique — mais comme Etat autocratique, aristocratique ou démocratique. Ce sont les seuls trois grands aspects sous lesquels se présente, en dernière analyse, n'importe quelle forme de l'Etat. Le critérium des distinctions n'est donc autre que le rapport du nombre des gouvernants à celui des gouvernés. Tout le problème de l'Etat est là.

Les causes de cette répartition entre gouvernants et gouvernés peuvent être différentes : il y a d'abord la force matérielle, — « les baïonnettes des soldats, la hache du bourreau » — qui par elle-même n'explique pas grand-chose du mystère de la contrainte étatique ; il y a la force économique de ceux qui détiennent le pouvoir, mais il y a surtout dans la conscience des gouvernés, la croyance

(2) Cf. Duguit, *Traité*, t. I, p. 541.

dans le caractère inéluctable de cette force. M. Kelsen a dit : « l'Etat n'existe qu'autant qu'on croit en lui », et par ce mot on doit comprendre qu'il n'y a pas de droit d'une volonté de s'imposer à une autre, tant que celle-ci ne croit pas à la force supérieure de celle-là. Prenons par exemple l'Etat de la Russie tzariste : le Tsar tenait-il dans sa main le pouvoir matériel suffisant pour contraindre à l'obéissance les cent cinquante millions de sujets de son immense empire ? On ne peut pas répondre affirmativement, parce que, dans ce cas, il faut soutenir que tous ses sujets étaient en constant état de rébellion latente contre leur autocrate. La force qui gouvernait enserrait certainement les sujets avec mille liens compliqués, mais le pouvoir du Tzar résidait surtout dans la conscience de la plupart des russes qui ne doutaient pas de la force de leur maître tout puissant. Quand ils commencèrent à avoir des doutes sur le caractère de cette force, celle-ci s'est écroulée en quelques jours.

Ce qu'il y a d'essentiel dans le phénomène Etat, ce n'est donc pas la force proprement dite, mais la croyance dans la force qui joue le rôle de la force même. La supériorité initiale peut exister ou non, peu importe ; elle peut aussi se transformer, devenir une supériorité intellectuelle, morale, économique. Ce qui doit exister surtout c'est la croyance en cette supériorité et la croyance dans la possibilité de la contrainte. Ainsi donc, si originairement l'Etat est, comme dit M. Duguit, *un fait de plus grande force*, ultérieurement il n'est qu'un fait de croyance, et celui ou ceux qui détiennent le pouvoir étatique, pour maintenir le commandement, se sont trouvés dans la nécessité d'entretenir dans la conscience des gouvernés le sentiment de l'inégalité. Ainsi est né le droit de commandement.

Il serait peut-être exagéré de soutenir que cette croyance explique à elle seule l'Etat et ses transformations. Il y a encore l'élément intérêt, car une forme d'Etat ne se maintient qu'autant qu'elle satisfait, ou l'on croit qu'elle satisfait, les intérêts de la collectivité.

L'esprit de l'homme primitif s'est contenté d'une légitimation simpliste pour subir le commandement du chef. Le totémisme assure suffisamment la subordination dans la tribu primaire (1). Plus l'esprit humain s'éveille, plus la situation des gouvernants devient difficile.

A côté de la force matérielle dont il est entouré, le roi doit avoir une armée de pontifes, pour appuyer le droit de contrainte par la croyance dans l'inégalité de nature entre le gouvernant et les gouvernés. Chaque fois qu'on rencontre dans l'histoire un monarque absolu, on doit voir près de son trône le prêtre affirmant l'origine de droit divin de son maître. Plus l'homme se civilise, plus la religion devient compliquée et son appareil fastueux.

Mais vient un moment où une petite partie des gouvernants acquièrent une certaine force dans la collectivité et osent douter sur le caractère surhumain du monarque, alors celui-ci doit : ou les détruire, ou les assujettir par force (matériel, économie, etc.) ou sinon, les associer à son pouvoir, et nous avons en ce cas la monarchie limitée ; ou partager avec eux le pouvoir du commandement, et nous avons alors l'Etat aristocratique.

Quand le même phénomène se passe, non pas avec une caste réduite, mais avec une classe entière qui se réveille à ce qu'on a l'habitude de nommer la conscience des classes

(1) Cf. Moret et Davy, *Des Clans aux empires*, Paris, 1923, p. 168 et suiv.

et qui n'est en réalité que la conscience de l'égalité entre la volonté des gouvernants et celle des gouvernés, alors les choses se passent autrement. La classe qui a pour elle la force nouvelle et ne croît plus dans la force des anciens maîtres, doit fatalement passer de l'autre côté de la barricade, dans le rang des gouvernants. Mais en dehors de cette classe il y en a une autre dont la force est inorganisée, donc inexistante. Elle aussi a commencé à avoir des doutes sur le droit divin des gouvernants, mais, comme elle ne possède encore aucune force organisée, on refuse de l'associer au pouvoir, parce qu'on ne connaît pas dans l'histoire l'exemple d'un monarque, d'une caste ou d'une classe cédant une partie de son pouvoir autrement que sur la pression de la force (1).

Mais il faut que cette classe gouvernée accepte le pouvoir de l'autre classe gouvernante sans qu'on ait besoin de recourir constamment à la force matérielle. Dans ce but on a inventé la théorie de souveraineté nationale, en vertu de laquelle la volonté de ceux qui gouvernent réellement, par un escamotage dialectique est censé être la volonté de ceux qui n'ont que la qualité de gouvernés et dont la volonté est tout à fait étrangère au fait du gouvernement (2). Ainsi est née la démocratie bourgeoise.

(1) Par la force il ne faut pas comprendre toujours la force matérielle ; il y a aussi très souvent la force économique et, même quelquefois, la force spirituelle.

(2) L'Assemblée Nationale, tout en proclamant dans la Déclaration des Droits de 1789 (art. 3) que : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation » et (art. 6) que : « La loi est l'expression de la volonté générale », n'établit pas moins le suffrage censitaire en faisant la distinction entre les *citoyens actifs* et *citoyens passifs*. La Constitution de 1793 qui établit le suffrage universel reste inappliquée. L'an III, après avoir dans la Déclaration des Droits (art. 17) affirmé que « la

Mais il paraît que le dogme métaphysique de la souveraineté nationale n'a pas réussi à jouer le rôle politique qu'a joué son prédécesseur : la souveraineté du droit divin. Le gouverné moderne, même miséreux, n'ayant plus la conscience d'une différence de nature entre lui et le gouvernant, n'accepte que difficilement sa situation de simple gouverné. S'il ne se révolte pas, le sentiment d'oppression qu'il ressent plus ou moins fortement, n'est pas de nature à rassurer la classe gouvernante. Devant la formidable force latente de la classe gouvernée, on a trouvé plus prudent de la faire collaborer, du moins théoriquement, au gouvernement. Et ainsi nous sommes arrivés aux derniers stades (jusqu'à nos jours) d'évolution de la forme d'Etat, qui consiste dans le fait d'associer tous les gouvernés au gouvernement, c'est-à-dire de faire cumuler la qualité de gouvernants avec celle de gouvernés. C'est ce qu'on appelle l'Etat démocratique moderne.

Est-il une réalité absolue ? Certainement non. Il est relatif comme toutes les formes qu'a prises à travers son évolution le grand fait social qu'est l'Etat. Il n'est ni absolu ni définitif, de même qu'il n'a jamais été une monarchie complètement absolue, pas plus qu'une aristocratie ; mais il est en train d'évoluer vers la réalité , déterminée par la transformation progressive de l'esprit humain.

souveraineté réside essentiellement dans l'universalité des citoyens », rétablit le suffrage restreint et à deux degrés. La Constitution de l'an VIII, tout en se réclamant des principes de la Révolution, supprime complètement le droit électoral. Il a fallu attendre l'insurrection de 1848 pour aboutir en principe au suffrage universel. Jusqu'à cette date, les lois françaises, inspirées par la Révolution française, n'accordaient le droit de vote qu'aux contribuables propriétaires, avouant ainsi même en théorie, la prépondérance politique d'une classe.

2. — Du rapport naturel qui s'établit entre l'Etat et le droit.

Dans le dualisme existant entre l'Etat et le droit, le problème des sources revient comme une question irréfragable. Le droit est-il antérieur ou postérieur à l'Etat, est-il créé par l'Etat ou l'Etat est-il une création du droit ? Dans quelle mesure l'un est-il déterminé ou limité par l'autre ? Ce sont des questions qui ont suscité des discussions infinies dans la science juridique et sociale depuis un siècle sans qu'une solution définitive en soit intervenue.

La doctrine qui semblait prédominer avant la guerre, c'était la doctrine allemande. Celle-ci sous l'influence de Hegel, attribuait à l'Etat une nature et un rôle transcendantal (1). D'après Gerber, Ihering, Jellinek, la règle de droit n'est qu'un commandement d'une volonté supérieure à une volonté subordonnée. Tant que le pouvoir de l'Etat n'intervient pas avec sa puissance de contrainte, la notion de droit est inconcevable. C'est donc l'Etat qui a enfanté le droit. L'Etat est « l'ordonnancement juridique de la nation », et en dehors de lui il n'y a pas de droit. Tel est en ligne générale la doctrine étatiste allemande en ce qui concerne le rapport entre le droit et l'Etat. Son influence ne manque pas de se montrer en France. M. Carré de Malberg n'hésite pas à affirmer que « dans l'ordre de la réalité sociale, il ne peut exister du droit proprement dit antérieurement à la loi de l'Etat » (2).

Dans ce système juridique, si le droit n'est qu'une créa-

(1) Cf. Duguit, J.-J. Rousseau, Kant et Hegel, dans la *Revue de droit public*, 1918, p. 325 et suiv.

(2) Carré de Malberg, *Contributions à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, t. I, p. 57, note 6 et cf. aussi : *La loi. expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931.

tion d'ordre étatique, logiquement on ne peut pas parler d'une limitation de l'Etat par le droit. Il est vrai que la doctrine étatiste, dans ses variables manifestations a imaginé différentes théories d'auto-limitation, d'après lesquelles l'Etat se soumet volontairement au droit, c'est-à-dire à sa propre création. Mais à ce propos nous croyons que M. Duguit a raison quand il dit : « qu'une limitation volontaire n'est pas une limitation ».

Dès la seconde moitié du siècle passé le juriste allemand Gierke observait que, bien qu'il existe une interpénétration intime de l'Etat et du droit, il existe en dehors de l'Etat d'autres sources autonomes de droit. Il distinguait à côté du droit étatique le droit non étatique et observait que, si les organes de l'Etat ont comme fonctions de formuler le droit, d'autres organismes sociaux ont aussi ces fonctions.

Aujourd'hui la science sociale admet que le droit est une création autonome de la vie. Le rôle de l'Etat n'est que de constater et formuler une partie de ce droit dégagée par les besoins de la vie en société. La réalité de la vie juridique, dans sa plus grande partie, se passe à côté et quelquefois en contradiction avec les règles formulées par les Etats dans leur législation. L'Eglise avec son droit, les coutumes ouvrières qui se dégagent des rapports du travail, les normes des différentes organisations, associations et sociétés menant une existence indépendante de l'Etat, et enfin la vie internationale essentiellement non étatique, toutes ces manifestations de la vie sociale ont une fonction créatrice de droit, d'un droit indépendant que l'Etat n'arrive pas à englober dans ses lois (1). Là où existe la plus embryon-

(1) Cf. G. Gurvitch, *Le temps présent et l'idée du droit social*,

naire des sociétés apparaît le droit, un droit primitif simple, mais le droit. Sans lui la vie sociale est inconcevable parce que le droit forme l'ossature de toute vie sociale.

La puissance étatique se forme dans la vie sociale le plus souvent en dehors du droit. Nous avons accepté pour l'Etat, la notion de M. Duguit : *un fait de plus grande force*. Comme tel, il est donc un fait d'ordre physique, un *sein* en dehors de l'idée de légitimité ou d'illégitimité. Comment se fait-il que, contrairement à son caractère immanent, la puissance étatique se concilie avec l'idée d'une limitation par sa conformité au droit ? C'est une question autant juridique que sociologique.

Tout d'abord, la puissance étatique si elle est théoriquement indifférente au droit, pratiquement elle n'est jamais une force antagonique. Le détenteur de la force étatique est presque toujours membre de la collectivité sur laquelle s'exerce sa puissance et, comme tel, il est du moins sous l'influence, sinon sous la domination de la norme juridique de cette collectivité. C'est le premier rapport — assez faible il est vrai — du pouvoir avec le droit, la première conformité. Un juriste anglais dit que le Sultan tout puissant de l'Empire ottoman pouvait tout ordonner, même l'abandon de la religion du Prophète, mais il ne l'aurait pas fait parce que sans cela il n'aurait pas été le Sultan. Et Dicey se posant la question : comment est-il possible que le grand nombre d'hommes abdiquent leurs propres passions devant les passions d'un petit nombre ou d'un seul homme, il répond : « Quand nous cherchons par quels moyens cette

Paris, Vrin, 1931, p. 55 et suiv., 213 et suiv., 227, 247 et suiv. et G. del Vecchio, *A propos de la conception étatique du droit*, dans la *Revue de législation et jurisprudence*, 1930, p. 62, 67 et suiv.

merveille se réalise, nous trouvons que, bien que la force soit toujours du côté des gouvernés, les gouvernants n'ont pour se soutenir que l'opinion. C'est donc sur l'opinion, que le gouvernement est fondé, et cette maxime s'étend aux gouvernements les plus despotiques et les plus militaires aussi bien qu'aux plus libres et aux plus populaires. Le Soudan d'Egypte comme l'empereur romain peuvent mener leurs inoffensifs sujets comme des brutes contre leurs sentiments et leurs inclinations ; mais ils doivent tout au moins conduire ses mamelouks et ses prétoriens comme des hommes par leurs opinions (1). Ce que Dicey appelle opinions nous pouvons appeler les normes du droit.

Si la puissance s'acquiert en dehors du droit, elle ne se maintient qu'en conformité avec le droit. En ce sens Ihering avait fortement raison de dire que *le droit c'est la politique de la force*. La force, pour se maintenir, doit comme condition indispensable à son existence, donner l'impression d'une force toute puissante. Elle est théoriquement la puissance de contrainte mais pratiquement elle n'est que la possibilité de contrainte. Par conséquent, si elle veut garder son caractère, elle doit user le moins possible de la contrainte, et pour suivre cette politique elle n'a qu'un seul moyen : ne pas manifester une volonté contraire à la norme du droit de nature à provoquer une réaction de la part des sujets. Si les réactions sont générales, la force, faute de possibilité de contrainte, s'avoue impuissante.

Les manifestations de la volonté étatique qui sont contraires à la norme du droit, courent aussi un autre risque : elles peuvent mettre en évidence l'antagonisme entre les

(1) Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, p. 72.

gouvernants et les gouvernés. La norme juridique est une règle dont la violation provoque une réaction sociale, et de la réaction sociale peut naître l'organisation d'une force adverse à la force étatique. Celle-ci a donc l'obligation, dans l'intérêt de sa propre conservation de se limiter par le droit.

Le droit d'une société est l'ensemble des normes impératives qui s'appliquent aux éléments du corps social dans leurs rapports réciproques. Tout acte fait conformément à ces normes est légitime. Tout acte contraire est illégitime et provoque nécessairement une réaction. Tout d'abord un gouvernement en se conformant à ces impératives devient légitime (1). Mais il fait plus. La norme sociale pour être généralement observée, a besoin d'une contrainte. Cette contrainte est d'autant plus efficace qu'elle repose sur une force organisée. La force étatique en remplissant cette fonction se rend non seulement légitime, mais nécessaire au corps social.

En réalité la force étatique n'assure au moyen de la contrainte que l'exécution d'une partie du droit social, celle qu'on appelle le droit étatique. L'autre partie, elle n'a pas besoin d'y recourir. En outre, l'Etat ne réussit à organiser sa contrainte, que longtemps après la formation de ce droit ; ainsi nous constatons des règles de droit non étatique, comme par exemple en notre époque le droit syndical ou le droit des associations où l'Etat n'arrive que très tard et difficilement à y organiser sa contrainte (2). Ainsi il est exagéré de dire que l'Etat assure tout l'ordon-

(1) Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, t. I, p. 256, 261, 266, 275 et suiv.

(2) Cf. G. Gurvitch, *op. cit.*

nancement juridique d'une nation et qu'il détient le monopole exclusif de la contrainte juridique.

Par conséquent les rapports entre l'Etat et le droit ne constituent pas des rapports de causalité directe d'un élément à l'autre ; la limitation ne se fait pas par une volonté d'auto-limitation, mais elle s'accomplit par des moyens naturels, déterminés par les nécessités de conservation de la société et de l'Etat.

3. — *Le principe de légalité comme règle de droit.*

Dans l'évolution de l'Etat la fonction législative avec ses caractères bien définis apparaît relativement tard. Il ne s'agit pas ici de la fonction législative comme organe distinct dans l'appareil étatique, cette fonction que les hommes de la Révolution appelaient le pouvoir législatif et qui est une notion assez récente, mais il s'agit de la nécessité où s'est vu l'Etat d'édicter des ordres sous forme de lois. L'organe qui accomplissait cette fonction était le même qui exerçait le pouvoir étatique dans son intégralité. Cette fonction consiste à formuler des normes au caractère impératif et général qui doivent régler la conduite des éléments de la collectivité sur laquelle l'Etat exerce sa puissance et qu'on appelle lois. D'où prend l'Etat la source d'inspiration quand il rédige les lois ? Est-il limité dans sa détermination ; ou n'a-t-il d'autre guide que sa fantaisie ou sa politique ?

En fait, il n'y a pas de doute que l'Etat législateur est limité dans son attribution par la structure de la société, les besoins pressants de la population, les mœurs, en un mot par le droit qui se dégage de la vie sociale. Il ne transgresse ce droit que très rarement et seulement alors

que dans la société il n'existe pas une conscience très nette de droit et une volonté de lutter pour sa réalisation (1).

En ligne générale ce respect du droit du pays, le droit objectif est observé presque partout par la législation des Etats, laquelle n'est qu'un miroir plus ou moins fidèle de ce droit. Le droit romain, les ordonnances des rois de France — du moins celles qui avaient une valeur durable — n'ont fait que confirmer le droit du pays contenu dans les anciennes ou nouvelles coutumes.

Mais ni les détenteurs du pouvoir, ni leurs juristes ne se sont rendu très bien compte de la limitation automatique que la vie imposait à la législation en apparence toute puissante. Quand le pouvoir arrivait au plus haut degré d'absolutisme, le juriste bysantin croyait exprimer une vérité éternelle quand il disait : *Quod principi placuit legem habet vigorem*. Quand la royauté française commence à prendre son essor vers la puissance absolue, Beaumanoir croit pouvoir introduire le brocart latin que plus tard la langue populaire traduira ainsi : *Si veut le roi, si veut la loi* (2). Mais Beaumanoir est un grand esprit juridique et instinctivement il saisit le dualisme existant entre le droit et la législation. Il refuse aux barons le droit de faire des « *nouvelles établissements* », et s'il l'admit pour le roi, ce n'est que sous certaines conditions dont la première est le respect du droit coutumier.

* * *

M. Larnaude trouvait qu'en réalité le pouvoir, dans

(1) Cf. Ihering, *La lutte pour le droit*, Paris, 1877.

(2) Loysel, *Institutions coutumières*, I, 1, 1.

n'importe quel régime a toujours subi l'empire de la loi, et il donne comme exemple les lois du Manou et les sévères lois qui réglementaient toute la vie quotidienne des rois d'Egypte ; il cite le cas lamentable de cette reine d'Espagne dont l'observation du protocole causa la mort. Ce protocole implacable désignait minutieusement les dames de la cour qui devaient déshabiller la reine. Un jour ses vêtements prirent feu et la dame dont c'était « la compétence » d'enlever le costume royal ne se trouvant pas là, personne n'osa transgresser le terrible protocole, ce qui eut pour résultat qu'on laissa la malheureuse reine brûler.

Il nous semble qu'en cette matière, le savant doyen fait une confusion. Le protocole est une norme juridique, une règle de droit, il peut être même une loi écrite ; mais il ne fait pas partie de la législation du pays. Il est la norme juridique de la cour, ce petit organisme social qui comme tel dégage sa loi qui n'a qu'un faible rapport avec la loi du pays.

D'après M. Larnaude la légalité c'est le *protocole étatique*. Mais le protocole n'est pas la loi qui s'impose aux rois dans leurs rapports avec leurs sujets ; elle est la loi que les rois s'imposent contre eux-mêmes et si les constitutions modernes n'avaient que cette vertu à imposer au pouvoir, ce serait une très mince frontière aux abus. Une limite que le pouvoir s'impose à lui-même n'est pas une limite suffisante pour garantir les droits des sujets.

Si les juristes par leurs écrits ne déterminent qu'en une faible mesure la vie juridique de leur nation, ils la reflètent amplement. Il existe une maxime formulée dans Digestes qui a dominé le droit public depuis Ulpien jusqu'au XVIII^e siècle : *Princeps ligibus solutus*, le roi est affranchi de l'obéissance des lois. Dans son sens originnaire, il paraît que cela

n'était pas la négation complète de l'obéissance, mais le Sénat pouvait accorder à l'empereur et à ses successeurs une dispense de soumission pour toutes les lois ou pour certaines d'entre elles, dispense que d'ailleurs, l'empereur pouvait s'accorder à soi-même. Les glossateurs en donnent une autre interprétation : l'empereur était dispensé en principe d'obéir aux lois, mais il avait la faculté de s'y soumettre de sa propre volonté.

Dans ce dernier sens d'insoumission le principe se retrouve à la cour de France depuis le ^{xiii}^e siècle. Il figure dans les ordonnances royales et est invoqué par les juristes.

Dans ses rapports de droit privé, le roi n'est tenu de se conformer à la loi que lorsqu'il le veut bien. Quand il a un intérêt qui ne concorde pas tout à fait avec les dispositions légales, il les ignore tout simplement. Si, par exemple, il veut faire une donation, un testament, un mariage, les conditions de forme et de fonds que la loi impose à la réalisation de ces actes juridiques, ne sont pas une entrave pour le roi.

L'application du principe dans les rapports du droit public entraîne des conséquences plus graves. Ici on faisait une distinction : les officiers du roi sont soumis à l'obéissance des lois, mais le roi personnellement non. Alors, quand une disposition de la loi menaçait d'enrayer le cours d'une affaire devant l'administration ou devant la justice du roi, il n'avait qu'à intervenir personnellement.

Les juristes du temps sont unanimes à approuver la pratique. Bodin, un juriste assez libéral pour son temps, la justifie de la manière suivante : « Si le prince jugeoit, lui qui est la loi vive et par dessus toutes les lois civiles, accompagné de son conseil, il ferait bonne et brève justice, ayant

égard au fond sans beaucoup s'attacher aux formalités » (1). Cette doctrine a conduit aux fameuses lettres de cachet.

Depuis le xvi^e siècle une timide réaction commence à se produire dans les esprits, l'auteur de la *Vindiciæ contra tyranos*. Boutillier et d'autres (2), défendent une théorie semblable à l'opinion anglaise d'après laquelle le roi doit obéissance aux lois parce qu'il règne par elles. Mais c'était plutôt un conseil donné aux rois qu'un impératif d'ordre juridique. Roche Flavin par exemple écrit : « Chose digne de la majesté d'un prince que nos rois à qui Dieu a donné puissance absolue, aient d'anciennes institutions voulu réduire leur volonté à la civilité des lois » (3).

Dans le grand siècle de la monarchie absolue, les philosophes, les littérateurs et les juristes sont d'accord à ne mettre aucune entrave au pouvoir royal, si ce n'en est une d'ordre moral.

Tout le fondement du droit public du xviii^e est résumé dans les phrases de Le Bret : « Il faut tenir pour maxime que bien que le prince souverain outre passe la mesure de sa puissance, qu'il n'est pas permis de lui résister... Le roi est seul souverain dans son royaume et ...la souveraineté n'est non plus divisible comme le point en géométrie » (4). C'est l'affirmation du *Princeps legibus solutus* comme norme juridique, et quand les philosophes et les juristes émettaient cette affirmation, ils ne faisaient qu'exprimer la mentalité courante du siècle.

(1) Bodin, *Les six livres de la République*, L. LV, ch. 6, p. 612.

(2) Cf. Esmein, *Princeps legibus solutus*, dans *Essays in Legal history*, Oxford, University Press London, 1913, p. 210.

(3) Roche-Flavin, *Les treize livres des Parlements*, L. XIII, ch. 13, n^o 6.

(4) Le Bret, *De la souveraineté du roi*, I, 1.9, et IV, 3, p. 1, 9, 5, 12.

Mais un changement se produit dans cette mentalité. Une série de causes : les luttes religieuses, les guerres, ont éveillé l'esprit de la population. Les exactions et les abus du pouvoir prennent l'importance de véritables griefs. Une classe d'hommes assise, le tiers état, s'élève à une certaine puissance économique et veut consolider sa situation par des garanties contre l'arbitraire du pouvoir. Un peu de scepticisme se montre devant la doctrine de souveraineté de droit divin. La philosophie du XVIII^e siècle reflète et entretient cet esprit. Une idée nouvelle fait son apparition, celle de la liberté politique qui est liée à celle de garantie des droits individuels. Bryce (1) observait que les Anglais qui combattaient pour leur liberté civile et religieuse, s'aperçurent, comme l'avaient fait les Grecs et les Romains, qu'ils ne pourraient ni obtenir, ni surtout conserver cette liberté, tant que le pouvoir de l'Etat resterait l'apanage d'une personne ou d'une caste et que les droits de la masse ne seraient en sécurité que lorsque le peuple, ou du moins une partie du peuple, prendrait une part effective du pouvoir. Au XVIII^e siècle le Tiers Etat concevait la liberté politique, non comme un but, mais comme un moyen pour réaliser la sécurité de ses droits acquis. La philosophie du droit naturel du XVIII^e siècle n'est que l'expression de la conscience obscure qu'avaient les hommes d'un droit qui n'était pas inscrit dans la législation du temps, mais que devait formuler une nouvelle organisation politique désirée mais non réclamée par le peuple. Les conceptions politico-philosophiques des Rousseau et des Montesquieu ne sont pas nées de leur génie par une sorte de génération spontanée. Il y avait dans leur temps un fonds social et politique qui

(1) Bryce, *Les démocraties modernes*, Paris, Payot, 1924, p. 70.

a déterminé ces systèmes de pensée. Le retentissement, le succès de leurs œuvres relèvent la préexistence de ce fonds. M. Aulard, dans son ouvrage sur la Révolution française, parle des « *canaux obscurs* » qui faisaient circuler la pensée des hauts esprits du XVIII^e siècle jusqu'aux couches profondes du peuple français. M. Maxime Leroy explique cette identité de vue entre la haute pensée et le courant populaire par « le fonds traditionnel d'intérêt et de besoins sur lesquels se sont développées les formules idéologiques plus audacieuses dans les mots que dans la tendance (1).

Nous nous demandons quel aurait été le retentissement du contrat social si son auteur avait vécu un siècle plus tôt ? Probablement qu'il ne l'aurait pas écrit. « Il y a eu au XVIII^e siècle, écrit M. Maxime Leroy, mille Jean-Jacques, mais un seul a écrit le contrat social. Or, que serait ce livre célèbre sans ces mille Jean-Jacques, si par hypothèse il eût été possible au citoyen de Genève d'écrire ce livre sans cette multitude de collaborateurs anonymes » (2).

Les écrits de Jean-Jacques Rousseau, de Montesquieu et de tous les grands bâtisseurs de systèmes politiques du XVIII^e siècle ont eu le succès connu, justement à cause de l'effort qu'ils faisaient de donner corps au besoin, profond mais obscur, qu'avait le peuple de France, de finir avec le régime de l'arbitraire et fonder un *régime de légalité*. Liberté primitive, contrat social, souveraineté populaire, séparation des pouvoirs, ce ne sont que des moyens techniques imaginés par les grands esprits pour réaliser ce régime.

(1) Maxime Leroy, *La Loi. Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie*, Paris, Giard, 1908, p. 13.

(2) *Ibid.*, p. 15.

Dans son ouvrage de droit administratif roumain, M. Paul Négulesco donne une très originale définition du régime de légalité : « Dans l'Etat fondé sur la légalité les rapports sociaux sont organisés de telle manière qu'ils permettent à l'individu de prévoir la conduite qu'il doit avoir lui-même et la conduite que les autres auront envers lui-même, et aussi la conduite que l'Etat aura envers lui » (1). Un Etat de parfaite prévisibilité, voilà le minimum des aspirations du Tiers Etat vers la fin du XVIII^e siècle.

Cette sécurité — on s'en rendait compte — ne pouvait être obtenue sans une limitation du pouvoir ; et la limitation du pouvoir sans une participation effective du peuple ou de la majorité du peuple, au fait du pouvoir. De ce besoin de limiter et de contrôler le pouvoir étatique est né le fondement juridique de l'Etat moderne : le principe de légalité. La grande préoccupation de Montesquieu, de J.-J. Rousseau et des hommes de la Révolution était la réalisation pratique de ce principe.

L'importance historique de la Révolution française, en ce qui concerne le principe de légalité, c'est que l'année 1789 marque le point où la norme morale de légalité devient une norme juridique au caractère impératif : une règle de droit.

M. Duguit a démontré, et nous sommes tout à fait d'accord avec lui, que dans n'importe quelle vie sociale se dégagent toutes sortes de normes d'ordre économique, moral ; mais ces normes ne sont pas nécessairement des normes juridiques. Pour déterminer le moment où la norme morale et économique devient une norme juridique, il faut consi-

(1) Paul Negulesco, *Tratat de drept administrativ roman*, Bucarest, 1925, t. I, p. 141.

dérer le moment où la masse des individus, qui composent le groupement social, a la conscience nette qu'une répression doit intervenir contre la violation de cette règle. En d'autres termes, il n'y a pas règle de droit que quand le corps social réclame ou admet qu'une répression soit organisée contre la violation de cette règle (1). Le principe de légalité n'est donc pas un produit des abstractions métaphysiques nées dans les cerveaux des hommes de la Révolution, mais une règle impérative, produit des nécessités vitales d'une classe qui détenait en ce moment la plus grande force sociale. Cette règle a été fixée pour la première fois dans l'histoire du monde dans les années 1791, 1793 et l'an III, dans les Déclarations des droits et les constitutions révolutionnaires.

C'est donc le mérite du XVIII^e siècle d'avoir transformé ce principe en règle de droit, et c'est à l'honneur des hommes de la Révolution française de l'avoir proclamé dans les déclarations des droits et d'avoir essayé de l'organiser. M. Hauriou dit la même chose dans son beau langage métaphysique : « Il y a dans le grand mouvement dont sont sorties les déclarations de droit tout autre chose qu'une opinion doctrinale, il y a un mouvement de foi profonde, un idéal qui avait toujours animé les civilisations classiques... C'est la grandeur de la Déclaration des Droits de l'homme de 1789 d'avoir été le premier document solennel, encore qu'incomplet qui ait proclamé cette vérité à la face du

(1) Duguit, *Traité*, t. I, p. 81, 92, 94, 171, 200 et suiv., t. III, p. 592 ; *Transformations du droit public*, Armand Colin, Paris, 1925, p. 76 et 79 et suiv. ; *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, t. I, p. 261.

monde. Elle existait depuis toujours, mais elle n'était pas encore entrée dans la conscience du public » (1).

Aux Etats-Unis et en Angleterre, bien que cette transformation des normes morales ne soit pas exprimée juridiquement par une déclaration de droits solennelle, le principe de légalité n'en existe pas moins comme une règle de droit d'un caractère aussi impératif, qu'il est considéré d'une manière indiscutable au-dessus de toutes sortes de lois et formant le principe cardinal de l'Etat moderne (2).

4. — *Les deux manières de concevoir le régime de légalité.*

Nous avons vu comment le principe de légalité est devenu, par sa réalisation, le régime de légalité, ce qui constitue le caractère dominant de la structure juridique de l'Etat moderne qu'on appelle l'Etat de droit. Une certaine difficulté se lève quand il s'agit de définir juridiquement ce qu'on entend par régime de légalité. Le langage courant donne au mot légalité le sens de conformité aux lois. Littré, dans son dictionnaire de la langue française, lui donne le même sens. M. Lalande le définit par « conformité aux lois positives », et il ajoute : « ce sens est presque seul employé en France » et encore « légalité vient de la loi, comme causalité vient de la cause » (3). M. Larnaude définit le but du régime de légalité en disant : « le but poursuivi par le régime de la légalité c'est d'assurer le respect par l'Etat de la légis-

(1) Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1923, p. 57.

(2) Cf. Dicey, *Introduction au droit constitutionnel*, ch. IV, §V.

(3) Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* Paris, 1926.

lation, » et encore « l'Etat consentant à être jugé » (1). Mais la définition la plus claire de l'idée de légalité dans l'Etat de droit a été donnée dans le *Traité élémentaire de droit constitutionnel* de MM. Joseph Barthélemy et Paul Duez, lequel, bien que relativement récent, est en voie de devenir classique. Après avoir montré la valeur de l'idée de légalité dans le droit public moderne, les auteurs se demandent : « Qu'est-ce donc la légalité » ? C'est le règne de la loi, la proclamation de la suprématie de la loi, la répudiation de l'arbitraire, le rejet du brocard *princeps legibus solutus est*.

Cette suprématie de la loi s'exprime par trois propositions : 1^o La loi s'impose au respect des particuliers ; 2^o elle s'impose aux autorités, inférieures à son auteur, et enfin 3^o elle s'impose à son auteur même. Pour nous, c'est seulement la troisième proposition qui fait le trait caractéristique de l'Etat de droit ; dans l'Etat antérieur on trouve les deux premières. La troisième, la loi s'imposant à ses auteurs mêmes, aux détenteurs du pouvoir, qu'il soit roi, parlement, ou roi et Parlement, est le seul trait qui marque l'existence du régime de légalité. Elle s'est surajoutée historiquement aux premières, déterminant l'*Etat de droit*. Sa présence au fondement de l'Etat, constitue le seul critérium de distinction entre l'Etat arrivé dans son évolution progressive à réaliser un *Etat de droit*, et les autres formations juridiques primaires.

Mais de quelles lois s'agit-il dont le respect s'impose ? MM. J. Barthélemy et P. Duez répondent : « La légalité signifie que la loi s'impose au respect de tous tant qu'elle n'est pas régulièrement abrogée. La loi doit être entendue

(1) Larnaude, *op. cit.*, p. 17, § 18.

au sens de règle de droit générale et impersonnelle, quel qu'en soit d'ailleurs l'auteur : c'est à la fois l'acte législatif voté par le Parlement et le règlement émané des autorités gouvernementales et administratives » (1).

Par conséquent, pour les auteurs cités, la loi signifie la loi déjà faite. Ils n'arrivent pas jusqu'à voir dans la loi seulement son expression formelle, comme M. Carré de Malberg pour lequel la loi est toute décision émanant des assemblées législatives (2), parce qu'ils parlent tout à la fois des lois votées par le Parlement, constitution et lois ordinaires, et règlements émanés des autorités exécutives. Mais là s'arrête l'idée de légalité. En dehors de la loi édictée, constitution, loi ou règlement, on ne peut pas parler juridiquement d'une limite du pouvoir étatique. Ils précisent cette idée : « La question de la légalité doit être soigneusement distinguée d'un problème voisin : celui des limites juridiques qui s'imposent au Parlement dans la confection des lois : problème élevé de philosophie juridique faisant appel à la donnée d'un droit supérieur à la loi. Le problème de la légalité est plus terre à terre en ce qu'il concerne simplement l'obéissance à la loi édictée, déjà faite ». Dès lors, l'idée de légalité n'apporte par elle-même aucune limite à l'action du Parlement dans l'élaboration des règles de droit (3). Cela veut dire limiter la notion de légalité dans le cadre des lois ou, comme disait M. Lalande, *légalité « vient de la loi comme causalité vient de la cause »*.

(1) Joseph Barthélemy et Paul Duez, *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1924, p. 195, et cf. aussi la nouvelle édition de 1933 augmentée du même ouvrage.

(2) Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 1920, t. II, p. 285.

(3) Joseph Barthélemy et Paul Duez, *loc. cit.*

Pourtant, il nous semble qu'on ne s'éloigne pas du domaine juridique si l'on veut élargir le sens de l'idée de légalité au-delà des limites des lois déjà édictées, surtout s'il est prouvé que le régime de légalité dans l'Etat de droit ne peut se maintenir, à travers l'imprévisible de la réalité sociale, que par un élargissement du concept juridique de cette idée.

Si l'idée de légalité se bornait seulement au texte, que ferait le juge qui doit « dire le droit » quand, dans la précision des textes, il ne trouverait pas la solution du cas qu'il doit résoudre ? Où trouverait-il les indications nécessaires à l'interprétation ? Certainement non dans sa propre fantaisie. L'ancienne conception légaliste disait qu'il devait trouver la source de son inspiration en cherchant les intentions du législateur qui a édicté la loi. Cela voulait dire que le juge de 1933 devrait, dans l'application d'un texte du Code civil, juger avec la mentalité du législateur de 1804. N'y a-t-il pas un droit, encore non édicté, qui s'impose au juge dans l'interprétation avec le même impératif que le texte même de la loi. Le juge qui donne un jugement en dehors de ce droit ne commet-il pas une inégalité aussi grave que la transgression des textes ?

Si le législateur n'est tenu qu'au texte des lois non abrogées, comme il a la puissance virtuelle d'abroger n'importe quelles lois ou même toutes les lois ensemble avec la constitution, que restera-t-il de l'idée de légalité ? Bien sûr que cette éventualité ne peut pas arriver dans un véritable Etat de droit dont l'organisation juridique repose sur un terrain social adéquat, mais l'hypothèse est possible dans le domaine de la méthode d'investigation.

Cette acception formaliste de l'idée de légalité n'est admissible que dans le système d'après lequel le droit n'est

qu'une création étatique. C'est alors seulement que la légalité ne pourrait être conçue autrement qu'une auto-limitation, une soumission volontaire du pouvoir à sa propre création. Mais nous avons vu que le droit existe en dehors de l'Etat, à côté de l'Etat et antérieurement à l'Etat.

MM. Barthélemy et Duez constatent que dans l'état de droit, grâce à la constitution rigide, peuvent apparaître des lois illégales. Il y aurait donc une gradation dans la notion de légalité, légalité par conformité aux lois et légalité par conformité à la constitution ou ce que M. Hauriou appelle *la super-légalité*. Mais pour M. Hauriou la super-légalité n'est pas seulement la conformité à la constitution écrite ; il fait un pas de plus : « Ce serait une erreur, dit-il, de croire que la super-légalité constitutionnelle, ne comprenne que ce qui est écrit dans la constitution, elle comprend bien autre chose et par exemple tous les principes fondamentaux du régime » (1). D'abord ces principes fondamentaux ont été inscrits dans les déclarations de droit de l'époque révolutionnaire. Les constitutions françaises ultérieures n'en font point mention, sauf la constitution de 1852, qui, dans son article 1^{er} proclame : « La constitution reconnaît, confirme et garantit les grands principes proclamés en 1789 et qui sont la base du droit public français ». La constitution de 1875, par son silence en ce qui concerne la valeur constitutionnelle des principes formulés dans les déclarations des droits, a déterminé une discussion pour savoir si ces principes ont encore ou non la valeur des impératifs d'ordre constitutionnel, mais aujourd'hui

(1) Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1923, p. 296.

la science juridique française est presque unanime à leur reconnaître ce caractère.

Dans les pays dont le régime constitutionnel n'a pas été précédé par une déclaration de droit, la question est plus difficile parce que là il s'agit, non de savoir si ces principes ont une valeur de loi, mais de savoir s'il existe en dehors des textes constitutionnels un droit fondamental de l'Etat qui n'a jamais eu son expression législative. Il s'agit de savoir si ce droit non édicté d'aucune façon, trouvé dans son existence l'impératif nécessaire pour limiter l'action des organes étatiques.

Aux Etats-Unis les juges appelés à se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi, peuvent en proclamer la non-constitutionnalité, non seulement à cause de sa non-conformité à la constitution, mais aussi à cause de sa non-conformité aux principes fondamentaux non écrits qui sont à la base de l'Etat américain. Bien plus, la justice et la doctrine ont admis en principe, que même un amendement tendant à la révision constitutionnelle, peut être contrôlé au point de vue de ses principes (1).

La législation d'un Etat de droit a la tendance d'englober tout le droit du pays, c'est-à-dire toute la réalité juridique. Ce but n'est jamais atteint parce que le droit est en perpétuel devenir que la législation ne peut suivre. De toutes les manifestations de la vie sociale s'éclorent toujours spontanément des principes de droit qui s'imposent à la vie étatique, des principes de droit supérieurs à l'Etat qui ne sont formulés ni dans les déclarations des droits ni dans les lois constitutionnelles et qui, non écrits, obligent l'Etat

(1) Ed. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, Giard, p. 109.

aussi rigoureusement que s'ils avaient été solennellement proclamés (1).

Si l'administrateur, si le juge sont obligés dans l'exercice de leurs fonctions de tenir compte de ces normes de droit non écrites et non formulées, le législateur aussi est obligé de se guider dans sa fonction par les impératifs de ce droit toujours en mouvement. A côté des lois illégales, c'est-à-dire contraires aux dispositions des déclarations des droits et des constitutions, il y a aussi les lois contraires au droit, qui sont des manifestations législatives contraires au droit non écrit qu'on trouve dans la conscience de la masse collective à un certain moment.

On pourrait objecter que ces nouvelles limitations du législateur, en dehors des barrières constitutionnelles, sont dépourvues de valeur juridique, parce que dépourvues de sanction ; mais le même problème se pose pour la légalité constitutionnelle. En effet, dans beaucoup d'Etats on ne trouve pas encore l'organisation d'une sanction pour obliger le législateur à se conformer au droit inscrit dans la constitution, comme il n'existe des sanctions juridiquement organisées pour le cas de transgression du droit non écrit ; mais il n'en est pas moins vrai que le législateur, dans un Etat de droit, doit être limité par le droit objectif en général comme il doit être limité par le droit positif formulé dans la constitution. Les hommes de la Révolution, malgré la foi mystique qu'ils avaient dans la loi écrite, ont formulé, dans la Déclaration des droits de 1793 (art. 3), la fonction de la loi de la manière suivante : « Elle ne peut ordonner que ce qui est juste et utile à la société, elle ne peut défendre que ce qui lui est nuisible ».

(1) Duguit, t. III, p. 598.

Cela veut dire que la règle générale de conduite ne se trouve pas seulement dans la loi formelle, car le législateur se trouve limité dans son activité par ce qui est *juste* et ce qui est *utile*. Il ne trouvera ces deux éléments, ni dans les Déclarations de droits, ni dans les constitutions écrites, parce que la notion de juste comme la notion d'utile sont des notions changeantes comme la vie même et qu'on ne peut chercher que dans la conscience des contemporains. Quand on reproche aux hommes de la Révolution qu'ils avaient trop de foi dans le législatif, ou oublie que ce sont eux qui ont inscrit le principe de résistance à l'oppression (art. 2, Déclaration des droits 1789, et art. 33-35, Décl. de 1793) qui n'était autre chose qu'un instrument primitif, pour garantir la légalité à l'encontre surtout du pouvoir législatif. Hérauld de Séchelles proposait en 1793 l'établissement d'un grand jury national pour garantir le citoyen contre les abus du pouvoir législatif.

Il y a donc une idée de *légalité formelle*, qui consiste à déclarer légal tout acte contraire à une disposition de loi formelle positive et l'idée de *légalité matérielle*, qui consiste à déclarer illégal tout acte qui est contraire au droit et pour laquelle le droit n'est pas seulement la loi positive. Par conséquent on peut concevoir à un certain moment un acte qui peut être parfaitement légal au point de vue de la légalité formelle et illégal au point de vue de la légalité matérielle, et au contraire un acte qui soit illégal au point de vue de la légalité formelle et légal au point de vue de la légalité matérielle.

On peut objecter à cette conception de légalité matérielle par opposition à la légalité formelle, qu'elle écarte de la science du droit cette fixité, dans les relations juridiques, qui a fait son apparition dans le monde avec l'invention

de la loi écrite, et que l'ordre imposé par la loi rigide sera remplacé par une légalité fluide, élastique et difficilement constatée. A ces objections nous répondons : la fonction de la légalité formelle est de satisfaire la réalité juridique qui très souvent la dépasse. Cette réalité comporte des imprévisibles que la loi positive est quelquefois incapable de régler. Plus la vie sociale devient complexe et plus l'Etat est forcé de prendre sur lui de nouvelles charges, plus la réalité pèsera davantage sur les barrières formelles de la légalité. Des difficultés s'accumulent chaque jour dans la voie de l'Etat de droit, les nécessités qu'il ne peut surmonter qu'en franchissant les barrières conventionnelles qu'on lui a mises par la loi formelle. L'illégalité s'impose comme une fatalité. Que restera-t-il de l'Etat de droit s'il est obligé de sauter dans l'illégalité chaque fois qu'une nécessité imprévisible se produit ? Quelle est la valeur d'un régime de légalité s'il ne garde ce caractère que dans le normal ? Et où finit le normal et où commence l'anormal ? Le fétichisme de la loi comporte autant de dangers que le fétichisme du pouvoir.

Dans le cas où la vie étatique est menacée de s'arrêter devant un accident que les lois de l'Etat n'ont pas prévu et qu'elles ne peuvent résoudre selon le principe de légalité, que ferait le juge, que ferait l'administrateur, que ferait le législateur dont la constitution s'oppose à une issue légale ? La vie étatique ne peut arrêter son cours ; il faut briser les frontières de la légalité formelle et, parti sur cette voie, le pouvoir où s'arrêtera-t-il, parce qu'en dehors des frontières de la légalité formelle, il n'y a pas d'autres limites juridiquement organisées.

Pour éviter ces dangers il faut élargir le cadre de l'Etat de droit au-delà de ses frontières formelles. Ces limites

doivent être déterminées par ce droit vivant qui marche avec le temps, droit dont la loi formelle ne fait qu'en suivre la trace. Le but de l'Etat est sa propre conservation ; mais pour se maintenir, il faut qu'il s'adapte continuellement aux exigences de la vie sociale, chose qu'il ne pourra faire qu'en regardant ses institutions juridiques non comme un but mais comme un moyen.

CHAPITRE II

La Loi.

5. — *Le fétichisme de la loi.*

On a appelé notre ère l'ère de la loi écrite, et Michelet définissait la Révolution française en disant que c'est *l'avènement de la loi*. En renversant la monarchie de droit divin, la Révolution a mis à sa place la loi expression de la souveraineté nationale.

La foi mystique que les hommes de la Révolution avaient dans la loi, s'explique par les vertus miraculeuses qu'on lui attribuait. Tout d'abord la loi était considérée comme la raison même. Se plier devant la raison n'était pas s'asservir parce que la raison était une divinité à laquelle la Révolution avait érigé des temples et fondé des cultes. Montesquieu écrivait : « La loi en général est la raison même, en tant qu'elle gouverne les peuples de la terre ; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine » (1). Cette conception a dominé les esprits depuis la Révolution jusqu'à la veille de nos jours.

La loi était l'expression de la volonté générale, une manifestation de la souveraineté nationale et par là opposée

(1) Montesquieu, *Esprit des Lois*, I, 3.

au despotisme dont les commandements n'étaient qu'un fait de violence. La Déclaration des droits de 1789 disait : « La loi est l'expression de la volonté générale que tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation ». Et la constitution de 1791, titre III, ch. II, section I, article 3, décrétait : « Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi ; le roi ne règne que par elle et ce n'est qu'en vertu des lois qu'il peut exiger l'obéissance ».

Ces textes n'étaient que la traduction législative des vues juridiques trouvées dans le Contrat social. La première conséquence de cette conception fut la généralité des lois. On comprenait par cette notion l'idée que la loi ne faisant pas de distinction entre les sujets, réalisait la fameuse égalité juridique. N'étant guidée que par le bien commun, ne faisant pas de distinction de personne, celle-ci était l'abolition définitive des privilèges. « Quand je dis que l'objet des lois est toujours général, j'entends la loi qui considère les sujets et les sujets encore et les actions comme abstraites, jamais un homme comme un individu ni une action particulière », disait Rousseau (1).

La loi est comme une émanation de la souveraineté nationale et comme telle elle est un acte d'autorité initiale qui n'est limité par aucune disposition intérieure.

Dans la certitude de sa victoire, le Tiers-Etat croyait à la permanence des lois comme garantie de ses droits nouvellement acquis. Un membre du Conseil des Anciens écrivait : « Le Code civil n'aura pas une durée éphémère, c'est pour une longue suite de siècles que le législateur va

(1) Rousseau, *Contrat social*, II, 4.

travailler » (1). D'ailleurs toutes ces institutions fondées alors tendaient à créer des situations immuables.

La loi avait un caractère si sacré que c'était un sacrilège de penser seulement à l'interpréter. « Une loi, écrit Kant, est si sacrée, si immuable que c'est déjà un crime de la mettre seulement en doute » (2). Le décret des 16-26 octobre 1790 décidait que toute interprétation d'un texte ne pourrait être faite que par l'auteur même, c'est-à-dire l'Assemblée législative. C'était le *référé* législatif qui rappelait le fameux *Ejus est interpretari cujus est condere* de Justinien. La loi était un ordre et les ordres ne se discutent pas. Dans sa fonction originaire, le Tribunal de cassation qui devait surveiller jalousement la stricte application des lois, avait un caractère législatif. Il était attaché auprès de l'Assemblée nationale, à laquelle il devait référer obligatoirement, pour lui demander la formule en cas de conflit d'interprétation. Robespierre se demandait, en parlant du Tribunal de Cassation : « Ce pouvoir de surveillance en ferait-il partie du pouvoir judiciaire ? Non, puisque c'est le pouvoir judiciaire qu'on surveille ? Serait-ce le pouvoir exécutif ? Non, il deviendrait maître de la loi. Serait-ce enfin un pouvoir différent des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire ? Non, je n'en connais pas quatre dans la nation. Ce droit de surveillance est donc une dépendance du pouvoir législatif. En effet, selon les principes authentiques reconnus, c'est au législateur à interpréter la loi qu'il a faite » (3).

(1) Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I, p. L, note 2.

(2) Kant, *La doctrine du droit*, trad. Barny, Paris, Durand, 1853, p. 166.

(3) *Archives parlementaires*, t. XX, p. 22, cité par Maxime Leroy, *op. cit.*, p. 59.

L'exécutif n'est pas moins suspecté comme capable de toucher à la rigidité sacro-sainte de la loi. Il n'avait qu'à en faire une application stricte sans pouvoir y toucher. La Convention promulgua le 14 frimaire 179 un décret en vertu duquel : « Il est expressément défendu à toute autorité de faire des proclamations, ou de prendre des arrêtés extensifs législatifs ou contraires au sens littéral de la loi, sous prétexte de l'interpréter ou d'y suppléer » (section II, art. 11). Le décret de 14-16 frimaire de l'an II, décide (section I, art. 11) ainsi : « Il est expressément défendu à toute autorité ou à tout fonctionnaire public de faire des proclamations ou de prendre des arrêtés extensifs, limitatifs ou contraires au sens littéral des lois, sous prétexte d'interpréter ou d'y suppléer. A la Convention seule appartient le droit de donner l'interprétation des décrets et on ne pourra s'adresser à elle que pour cet objet ». Donc, dans la doctrine conventionnelle, l'idée dominante de la séparation tranchée des pouvoirs partait de l'intention d'assurer la prépondérance du législatif sur l'exécutif et sur le judiciaire, pour en assurer par cela l'intangibilité de la loi « expression de la volonté générale ». Le souvenir des immixtions de jadis y conduisait plus que l'idéologie de Montesquieu.

Enfin, sous le Consulat un petit revirement se produit. Le nouveau Code civil de 1804 aboutit, après de longues discussions, à formuler dans son article 4, l'idée de déni de justice : « Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». Par cet article on supprimait le référé législatif. L'inscription de l'article 4 n'a été, sans une opiniâtre résistance de la part des juristes à l'esprit jacobin. Ainsi Garat invoquait l'abus judiciaire de l'ancien régime en disant : « L'usage

d'une mauvaise loi est funeste sans doute, mais l'interprétation peut faire un usage détestable de la meilleure loi, et quel abus peut se comparer à ce seul effet de l'interprétation des lois qui est de faire vivre au milieu de la société comme si elle était sans loi ?... C'est l'arbitraire sous les formes de la loi, c'est l'anarchie sous l'apparence de l'ordre » (1). Pourtant l'insertion de l'article 4 fut votée. On trouve l'explication du vote moins dans le changement de la doctrine consulaire vis-à-vis de la doctrine conventionnelle en ce qui concerne l'intangibilité de la loi, que dans l'assurance qu'avait, pour cette fois, le régime dans les sentiments de fidélité du corps judiciaire envers lui. D'un autre côté, le souvenir des immixtions des Parlements dans l'attribution du législatif, commençait à s'effacer.

A l'apparition du premier commentaire sur le Code civil, Napoléon aurait exprimé : « Mon Code est fini ». Il n'avait pas encore raison : les premiers interprètes manifestaient la même foi jacobine dans la puissance des formules légales. Pour eux l'interprétation était encore strictement asservie à la loi (2). Pour appliquer un texte dans un cas pratique, l'interprète, le juge n'était guidé ni par l'esprit de l'équité, ni par ce qu'on appelle aujourd'hui l'idée de solidarité sociale ; le praticien devait aller chercher dans l'histoire de l'élaboration de la loi, l'intention du législateur. Cet esprit est si puissant qu'il en reste encore des traces jusqu'à nos jours. Laurent écrivait en 1877 : « Les interprètes modernes ont devant eux un Code qui lie tous les citoyens,

(1) Fenet, *op. cit.*, t. VI, p. 166.

(2) Cf. Gény, *Les procédés de l'élaboration du Code civil*, dans *Les méthodes juridiques*, Paris, 1911, p. 176, et Charmont, *Les interprètes du Code civil*, dans *Le Livre du Centenaire*, t. I, p. 133 et suiv.

qui lie même le pouvoir judiciaire. Le magistrat et le juriste consultés sont enchaînés par le texte. Peuvent-ils encore, au nom de l'équité, corriger une loi qui leur paraît trop rigoureuse ? Non certes. Peuvent-ils par voie de raisonnement étendre des exceptions ? Pas davantage, car en procédant ainsi ils se feraient législateurs, or le législateur a parlé et lui seul peut modifier la loi, lui seul peut créer le droit » (1).

Laurent n'est peut-être pas le dernier des grands juristes qui exprime dans sa complète pureté la conception révolutionnaire de la loi, laquelle n'était, en dernière analyse, que la dictature de la loi. M. Carré de Malberg, dans un ouvrage récent, très documenté, démontre que dans l'esprit et la lettre de la constitution française de 1875, la loi est considérée comme l'expression réelle de la volonté générale que tous les citoyens sont effectivement représentés à sa confection. D'ici des conséquences comme : la primauté du corps législatif seul représentant de la nation et qui seul a comme fonction illimitée d'élaborer le droit positif (2).

6. — *Les caractères de la loi et sa valeur.*

Devant la réalité du mouvement social, la conception régaliennne de la loi a dû être petit à petit abandonnée. Bientôt on constata le peu qu'il subsistait de ce que la Révolution nommait la *permanence* des lois. Des dispositions légales formulées pour durer des siècles s'avouaient n'avoir

(1) Laurent, *Principes du droit civil*, Bruxelles-Paris, 1877, t. I, n° 273.

(2) Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale. Etude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Sirey, 1931, p. 16 et suiv., 22, 47, etc.

qu'une existence éphémère. Les articles de la Déclaration des droits n'avaient que la valeur d'un mythe aussitôt formulés. La constitution de 1793 n'a pas été appliquée une fois. Des douze constitutions que la France a eues pendant un siècle, toutes, sauf celle de 1875, ont eu une existence de courte durée et ont péri par la violence. Dicey remarquait avec raison que la monarchie de Louis-Philippe fut détruite sept ans après que Tocqueville avait affirmé qu'il n'existait aucun pouvoir capable de modifier légalement les articles de la Charte.

Le Code civil de 1804 a été la plus résistante des lois faites pendant la période révolutionnaire, parce qu'elles manquaient du caractère à priorique des autres produits législatifs de l'époque et parce qu'elle se contentait de résumer les règles du droit du temps. Mais, loin de correspondre aux illusions de ses auteurs qui lui vouaient une existence éternelle, le grand Code consulaire a dû être modifié tôt ou tard, dans presque toutes ses institutions, par l'usage, par l'abrogation et par la modification législative de beaucoup de ses articles. S'il n'a pas encore subi une refonte générale réclamée aujourd'hui par la science juridique, c'est par crainte de toucher à la parfaite architecture de sa construction.

La preuve la plus évidente contre l'idée de permanence, nous l'avons aujourd'hui dans la collection si touffue des lois dans chaque pays. Les juristes manifestent en général une sorte d'antipathie contre cette immense agglomération des lois. On parle de la manie législative. Mais on ne se rend pas assez compte que tout cet amas de lois faites aujourd'hui, abrogées demain, n'est que le produit naturel de la complication des rapports sociaux et leur continuel changement.

On élabore des lois au caractère temporaire avoué, des lois pour la durée de la guerre, ou des lois d'exception pour la durée d'une crise. La loi des impôts en France est une loi annuelle. A toutes ces lois la doctrine est unanime à donner le caractère de lois, non seulement au point de vue formel, mais même au point de vue matériel (1). Voilà ce qu'il en reste de l'idée de permanence des lois.

De même, aujourd'hui la notion de *fixité* des lois a subi de tels accrocs, qu'il n'en reste presque rien. A l'époque révolutionnaire, la loi avait une vie et un sens par elle-même ; dans la conception de nos jours elle n'a de sens que par son application. La jurisprudence et la doctrine ont fait un tel progrès que le texte n'en reste qu'un point de départ pour la création du droit. Cette liberté qu'a prise la jurisprudence à travers le temps est une preuve évidente que le texte rigide ne suffit pas à la réalité juridique (2).

Depuis la Révolution jusqu'à nos jours le rôle du juge a complètement changé : alors qu'il n'avait qu'à appliquer la loi dans son sens littéral et tout au plus l'interpréter conformément à l'intention du législateur, à présent, son attribution est d'adapter le texte à la réalité juridique, d'intégrer la loi dans le droit. On est arrivé en France à avoir des règles de droit en dehors des textes, des règles au caractère aussi impératif que les créations juridiques des *judge-laws* anglais.

Dans l'Etat de droit moderne, l'exécution des lois est assurée par l'organe exécutif, c'est-à-dire par le gouver-

(1) Duguit, *Traité*, t. II, p. 179.

(2) Cf. L. Josserand, *Cours de droit civil*, Sirey, 1932, t. I, p. 62 et suiv., 72 et 73.

nement qui est chargé de la conduite politique du pays. Les lois ne sont pas pour le gouvernement la seule règle de conduite ; le gouvernement est limité dans son application par les dispositions législatives, mais il a la faculté de laisser en suspension l'application de certaines lois quand l'opportunité s'y oppose et réaliser ainsi ce que M. J. Barthélemy appelle *la léthargie de la loi* (1). La disposition légale n'a plus donc, dans la conception de nos jours, son caractère de fixité immuable parce qu'elle n'a pas son but en elle-même. Elle ne résiste dans sa fixité initiale que tant qu'elle correspond aux nécessités du jour, parce que ce n'est pas la vie qui s'adapte à la loi, mais c'est la loi qui doit s'adapter aux conditions changeantes de la vie.

Nous avons dit que la Révolution avait, à la suite de Jean-Jacques Rousseau, formulé le principe de *généralité* des lois. Par ce mot il faut entendre que la loi, à la différence de l'acte administratif, doit avoir un caractère abstrait, c'est-à-dire que sa portée doit être en dehors des considérations de cas ou de personnes déterminés. Elle ne doit pas, au moins en principe, s'épuiser après son application en une seule espèce ou à un seul individu ; dans ce sens elle touche à sa qualité de permanence.

Par ce principe de généralité, la Révolution voulut réaliser l'idée de l'égalité. Ce n'est pas ici le lieu de se demander comment elle a réussi et si cette idée d'égalité devant la loi ne tendait plutôt à confirmer l'inégalité des institutions ; mais il faut au moins mentionner que la conception

(1) Jos. Barthélemy et Duez, *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, p. 567, 568 et suiv., et cf. Jos. Barthélemy, *Du renforcement du pouvoir exécutif en temps de guerre*, Paris, Alcan, 1915, et Jean Cruet, *Etude juridique de l'arbitraire administratif*, thèse Paris, 1906.

juridique de l'égalité consiste à traiter également des situations égales et inégalement des situations inégales (1). La loi, par son caractère immanent conservateur, a une tendance naturelle de confirmer les situations acquises.

Déjà par ce caractère inégalitaire de la loi qui doit faire des distinctions, son caractère de généralité commence à devenir douteux. Mais en fait, la loi n'a jamais observé sa stricte neutralité envers les différents éléments de la collectivité. Laissons de côté tout d'abord le fait que la loi peut être aussi un instrument de caste et de classe et comme tel elle doit confirmer légalement la domination de fait d'une classe ou d'une caste, et d'ici la protection accordée pour les uns au détriment des autres. Mais même en dehors de cette considération, nous voyons souvent des lois faites en vue d'une certaine catégorie déterminée de citoyens, pour une certaine espèce et même pour une seule personne déterminée et nommée. En ce dernier cas la loi s'épuise dès sa première application. Les lois de la protection de l'enfant, de la femme, des indigents sont des lois faites pour une catégorie déterminée de citoyens. Mais il y a des cas plus expressifs qui ont fait l'objet de larges discussions dans le monde juridique français. Exemple : la loi qui expulse du territoire français les prétendants au trône, les deux lois du 13 juillet 1906, qui par dérogation aux lois en vigueur décidaient la réintégration dans leurs droits du lieutenant-colonel Picard et du capitaine Dreyfus, la loi du 9 juillet 1907 qui décidait indirectement la punition collective des mutins du 17^e régiment d'infanterie par leur

(1) Cf. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, t. I, p. 96.

exclusion de renvoi de leur classe (1), et la loi du 9 août 1924 par laquelle le général Sarrail est remplacé dans la première section du cadre de l'état-major et maintenu sans limite d'âge.

La plupart des juristes sont d'avis qu'on doit refuser le caractère de loi matérielle à ces catégories de lois. Pour M. Carré de Malberg le problème ne se pose pas, parce qu'il ne voit dans la loi que son côté formel ; du moment que l'acte remplit les caractères extérieurs de la loi, s'il est sorti comme tel de l'élaboration du corps législatif, qui exprime la volonté générale, son contenu n'intéresse pas (2).

M. Duguit refuse le caractère de lois matérielles à ces manifestations du corps législatif (3), et nous devons avouer que son raisonnement ne nous satisfait pas. Pour lui le caractère nécessairement général de la loi a un double fondement rationnel et historique. Pour le caractère rationnel : M. Duguit reconnaît que la règle de droit a un caractère individuel en tant qu'elle s'applique aux individus, mais, dit-il, elle est en même temps sociale en tant qu'elle dérive de la société même, ce qui est compréhensible. Mais ce que nous n'admettons pas, c'est la conséquence que M. Duguit tire de ce postulat : « Etant sociale, elle est générale. Elle ne vise pas une espèce particulière... elle est un élément de la vie sociale et doit avoir la même étendue que la vie sociale elle-même ».

Nous croyons que la conséquence n'est pas du tout dans

(1) Cf. Jos. Barthélemy, *Notes parlementaires* dans la *Revue du droit public*, 1907, p. 475 et suiv.

(2) Cf. Carré de Malberg, *La théorie générale de l'Etat*, t. II, p. 294, et suiv., et *La loi, expression de la volonté générale*, p. 52, 65 et suiv.

(3) Duguit, *Traité*, t. II, p. 172 et suiv.

le cadre d'une bonne logique. Le caractère de généralité de la règle de droit n'implique pas nécessairement la généralité de son application. La règle de droit a sa base dans les consciences individuelles des membres de la collectivité et par ce fait elle est incontestablement générale, mais le contenu de cette règle peut s'exercer sur un objet qui n'est pas toujours d'une portée générale. Si toute loi doit avoir nécessairement une portée générale, comme M. Duguît le réclame, alors celle, dont l'objet n'est pas l'ensemble des individus de la collectivité ou seulement la possibilité pour ces éléments d'en constituer l'objet, ne réunit pas le caractère d'une loi matérielle. Dans ce cas la majorité des lois d'un pays qui ont pour objet de régler les rapports d'une seule catégorie d'individus, ne seront pas des lois matérielles. Les lois réglant les intérêts des mineurs, des ouvriers, des fonctionnaires publics, les lois encourageant une certaine catégorie d'industries, ou seulement une certaine industrie, loi autorisant un emprunt public, toutes ces lois n'accusant pas un caractère de généralité, ne sauraient être vraiment des lois.

Le deuxième argument de M. Duguît en face de la généralité des lois, est un argument extra-juridique qu'il intitule fondement historique. Il constate que dans l'évolution des sociétés humaines, il est arrivé un moment où l'on s'est rendu compte que le caractère abstrait de la loi écrite constitue la seule protection efficace des individus contre l'arbitraire de l'Etat. Alors la notion de légalité est apparue et par elle l'individu s'est senti protégé contre l'arbitraire des gouvernants, car, dit-il, il est évident qu'une règle générale présente moins de dangers d'arbitraire qu'une décision individuelle qui peut être provoquée par la haine, l'ambition ou la vengeance. Il cite comme exemple la Grèce antique

où les hommes, absorbés par la Cité, ne connaissaient pas ce que nous comprenons aujourd'hui par la liberté ; pour eux la liberté n'était que la certitude d'être gouvernés par des mesures d'ordre général et à l'abri des mesures individuelles arbitraires. Il ajoute : « Le tyran est celui qui prend des décisions individuelles en dehors des lois ». Mais dans notre cas il ne s'agit pas d'un ordre individuel en dehors de la loi parce que l'ordre individuel même constitue une loi. Dire que le Corps législatif n'a pas le droit de prendre une disposition d'ordre individuel, ce serait retourner à la conception de séparation tranchée des pouvoirs. Il est très compréhensible que dans les Etats antiques et sous l'ancien régime, on considérait la loi générale comme une garantie des droits individuels parce qu'on n'avait pas encore l'assurance que l'organe qui fait la loi, la fait en conformité avec la règle de droit, et comme il était plus facile de prendre une mesure individuelle contre le droit qu'une mesure à caractère général, la loi générale, si elle n'offrait une garantie définitive, offrait du moins une garantie de plus. Dans l'Etat moderne ce n'est pas la même chose. Ici la différence entre les gouvernants et les gouvernés n'est pas si profonde ; au contraire, il y a une tendance que ces deux éléments se confondent et ainsi il y a plus de chances que la loi corresponde à la règle de droit acceptée par les membres de la collectivité. Ainsi la mesure législative qui disposerait par voix individuelle dans l'Etat de droit moderne, du fait de l'existence de tant de moyens de contrôle, a autant de chances que la mesure générale, de ne pas être prise sous l'inspiration de la haine et de la vengeance. Le motif historique de suspicion envers la loi individuelle a disparu devant la démocratie.

M. Duguit constatait que l'Etat antique pouvait tout

faire « à condition qu'il statue par voie générale, c'est-à-dire par la loi ». Du moment qu'il ne pouvait faire qu'à condition, cela prouve que l'Etat antique ne pouvait tout faire. Mais cette limitation était peut-être la seule qui garantissait les citoyens contre l'exercice du pouvoir, le seul moyen technique que les anciens ont inventé pour limiter le pouvoir. Mais que dire de l'Etat moderne où les moyens de limitations sont si nombreux, où l'Etat ne peut « tout faire » non à une seule condition, mais à plusieurs conditions ? Est-il encore besoin de cette garantie ? Il s'agit ici, bien entendu, du véritable Etat de droit. Réclamer le caractère de généralité à la loi c'est refuser quelquefois le seul moyen technique possible de réaliser le droit (1).

Dans le cas de la loi Dreyfus et la loi Picard, le principe du respect des lois et le principe de la liberté individuelle qui sont des règles de droit objectives, ont été réalisés. Par l'erreur judiciaire, reconnue dans un arrêt de la Cour de cassation, les deux officiers étaient privés du bénéfice de l'avancement qu'ils avaient en vertu des lois de 1880 et 1890. On avait commis envers eux une grande illégalité qui ne pouvait être réparée que par le moyen des deux lois du 13 juillet 1906. Une mesure administrative qui aurait tenté de faire ce *restitutio in integrum* aurait été techniquement illégale ; les lois de 1890 sur la position des officiers de l'armée s'y opposaient. Une modification des deux lois, ou aurait abouti à une autre solution, ou, si elle avait abouti à la même solution, n'aurait eu qu'en apparence le caractère de généralité. En réalité elle n'aurait que dissimulé son caractère individuel : la réintégration dans leurs droits du lieutenant-colonel Picard et du capitaine Dreyfus.

(1) Cf. Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, t. II, p. 262.

Dans la loi réintégrant le capitaine Dreyfus, le texte dit que cette réintégration s'est faite par dérogation à l'article 4 de la loi de 1880. On a ainsi l'impression que la mesure législative de 1906 constitue une violation de la loi de 1880 encore en vigueur. En réalité la loi de 1906 ne fait qu'assurer l'exécution de la loi de 1880, dont le fonctionnement a été en l'espèce enrayé par l'illégalité commise envers Dreyfus. Le Parlement était la seule autorité dans l'Etat capable de réaliser, dans ce cas, le but de la loi sans commettre une illégalité ; par une loi sous forme individuelle, il a assuré la légalité de la justice (1).

Nous concevons donc que l'Etat de droit moderne dans un régime de légalité idéale n'est pas empêché dans la réalisation du droit par ce caractère suranné de la loi : la généralité.

* * *

Dans la conception qui a dominé tout le xix^e siècle et qui s'impose même jusqu'à nos jours, la loi est *l'expression de la volonté générale*. A la loi expression de la volonté du roi qui dans une certaine mesure était une réalité, se substitue la loi expression de la volonté générale, une pure fiction. La notion de la souveraineté nationale remplace la personne très réelle du souverain. La Déclaration de Droits de 1789 (art. 3) proclame : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation... ». Comme émanation de la souveraineté dont elle est l'expression, la loi peut tout faire sans aucune limite parce que la

(1) Cf. Maxime Leroy, *op. cit.*, p. 143 et suiv.

notion de souveraineté exclut l'idée de limite. Comme expression de la volonté générale, la loi peut être injuste ou oppressive parce que, disait Rousseau : « Nul n'est injuste envers soi-même... et on est libre et soumis aux lois puisqu'elles ne sont que des registres de nos volontés ». Ainsi conçue, la loi a un caractère absolu. Elle est un ordre qu'on ne peut discuter ni interpréter ; la permanence, la fixité et la généralité des lois sont dans la ligne de la conception jacobine.

L'ordre, disait M. Duguit, implique chez celui qui le donne une volonté d'essence supérieure à celui qui le reçoit ; or, pour faire de la loi un ordre, la démocratie a inventé la fiction de la souveraineté nationale et la loi expression de la volonté générale, afin de l'opposer à la volonté des individus isolés.

La conception de la loi, volonté générale née en France, s'est vite répandue dans le monde. L'adoption de l'idée de souveraineté nationale par les autres pays s'explique très bien par la nécessité qu'ont tous les gouvernants d'être obéis sans recourir constamment à la force. En ce sens, elle n'a pas manqué d'avoir une certaine utilité sociale.

L'esprit positif de notre époque n'aurait pas inventé cette notion métaphysique comme art de gouvernement, mais il l'a plus ou moins accepté par tradition, par commodité et à cause de la difficulté d'inventer un système complet qui satisfasse l'esprit du monde nouveau.

Mais depuis le commencement du siècle passé, des penseurs et des esprits positifs comme Saint-Simon et Auguste Comte se sont rendu compte que l'idée de souveraineté nationale ne résiste pas à la plus simple analyse. « Depuis trente ans, écrit Auguste Comte, que je tiens la plume philosophique, j'ai toujours représenté la souveraineté du

peuple comme une mystification oppressive » (1). Auguste Comte a formulé une loi de la politique qui exclut avec la même efficacité l'arbitraire théologique de droit divin des rois et l'arbitraire métaphysique de la souveraineté du peuple.

La France, comme pays d'origine de cette conception d'après laquelle la loi est l'expression de la volonté générale, devait être dominée dans sa politique depuis pas mal de temps par cette croyance. Il fallait qu'elle ait développé ses institutions en conformité avec cette idée. Or que voyons-nous ici comme réalisation de ce principe ? Les lois françaises sont l'expression de la volonté d'environ 250 députés et 200 sénateurs qui font la majorité ordinaire du Corps législatif (2). Les règlements, qui sont de véritables lois, ne sont que l'expression de la volonté du Président de la République ou d'un autre fonctionnaire investi de la compétence légale de les édicter.

D'ailleurs même la Révolution ne s'inquiétait pas trop de mettre d'accord la formule métaphysique avec la réalité politique. En effet, l'assemblée de 1789 a établi le suffrage restreint qui a été maintenu en pratique toute la première moitié du XIX^e siècle. C'est que, dans la conception métaphysique de Jean-Jacques Rousseau et de la Révolution, la notion de volonté générale est une entité abstraite qui est en dehors de la volonté de chaque citoyen.

Si la loi écrite n'est ni une règle permanente et fixe, si elle n'est ni un ordre émané de la volonté générale allant vers la volonté subordonnée des sujets, on est en droit de

(1) Auguste Comte, *Système de politique positive*, t. IV, éd. 1895, Appendice p. 103.

(2) Cf. Duguît, *Transformation du droit public*, p. 73.

se demander qu'est-ce qui reste de sa toute puissance, quel est le rôle qu'elle remplit dans la vie sociale et quelle est sa vraie valeur ?

La loi n'est qu'un moyen technique de constater la norme juridique qui se développe obscurément et spontanément dans la société en dehors de la législation. Son rôle n'est pas tant de découvrir cette norme juridique, que de la sanctionner, c'est-à-dire de trouver les moyens les plus propres à réaliser cette norme. En effet, rarement on voit dans les lois le contenu de la norme juridique. Le Code pénal, par exemple, ne dit pas que c'est défendu de tuer ; il ne fait que sanctionner cette norme juridique dont le contenu consiste dans la défense du meurtre. Le Code pénal et le Code de procédure pénale est plein de règles de droit destinées à assurer le respect des normes pénales impératives et prohibitives dont le contenu, supposé connu, n'est pas même formulé. M. Duguit, examinant tout le Code Napoléon, constate, qu'en dehors du droit de famille, on y trouve seulement trois normes juridiques : la liberté des conventions, le respect de la propriété et l'obligation de réparer le préjudice causé par la faute. Toutes les autres dispositions contenues dans plus des 2.000 articles n'ont pour but que d'assurer l'exécution de ces trois normes (1).

On doit donc distinguer deux sortes de règles juridiques : *règles normatives* et *règles constructives*. Les règles juridiques normatives sont celles qui se contentent de constater l'impératif de la norme juridique, produit spontané de la vie en société. Comme exemple nous avons les Déclarations des droits qui peuvent être regardées comme types des lois contenant une règle de droit normative. Au con-

(1) Duguit, *Traité*, t. I, p. 109.

traire, les règles de droit constructives sont celles qui ont pour but la mise en œuvre de la règle de droit normative, qu'elle suppose connue, comme sont les règles juridiques contenues dans le Code civil, le Code pénal et la plupart des lois d'organisation des services publics.

Quand on veut se rendre compte de la valeur de la loi, il faut avoir toujours présent à l'esprit l'idée que la société humaine a longtemps vécu sans loi écrite, mais jamais sans règle de droit, qu'avant l'apparition de la loi, la règle de droit a eu d'autres moyens d'expressions, comme la coutume ou la sentence du juge. La loi ne vient que tard après ces deux moyens ; elle ne peut créer la règle de droit comme les deux autres ne l'ont créée.

La loi n'est pas un ordre impératif, elle n'a pas une valeur qu'en tant qu'elle exprime une règle de droit ; si elle n'exprime réellement cette règle, elle n'est pas viable, ou si elle cesse de l'exprimer, elle cesse d'avoir une force obligatoire. Toute la force matérielle du gouvernement le plus autoritaire ne réussit pas à provoquer une réelle exception à cette loi. On voit toujours des lois qui s'appliquent et d'autres qui sont dès le commencement inapplicables. C'est que les unes sont l'expression de la règle de droit et les autres non (1).

On peut très bien écrire dans les constitutions que la loi est obligatoire pour tous, tant qu'elle n'est pas régulièrement abrogée. Il arrive souvent qu'une disposition législative formelle devient si manifestement en contradiction avec les nécessités sociales du jour ou avec l'idée de jus-

(1) Comme motto de l'étude de Jean Cruet sur *La vie du droit et l'impuissance des lois*, il est écrit cette phrase expressive : « Nous voyons tous les jours la société refaire ses lois, on n'a jamais vu la loi refaire la société ».

tice que se font les hommes d'une époque, que toute mesure, prise conformément au texte de cette loi, produirait une réaction sociale si profonde que l'exécution en deviendrait impossible. Cela prouve qu'il peut exister des lois qui ne correspondent pas aux règles de droit, et que, si elles correspondent originairement, elles peuvent, à un moment donné, cesser de correspondre. Si la loi est une présomption du droit, ce n'est qu'une présomption ; si la discordance devient trop manifeste, le procès de dissociation se produit sans l'intervention de la fonction législative étatique. Ainsi la mort naturelle de la loi n'est pas l'abrogation mais la désuétude qui n'est autre chose que ce divorce entre la loi et le droit de l'époque.

Comme il y a des lois qui ne formulent pas une règle de droit, il y a des règles de droit qui ne sont pas encore formulées par les lois. Nous avons dit que la loi n'est pas encore le seul moyen d'exprimer le droit. La législation d'un pays n'est qu'une infime partie de son droit. Plus la société évolue, plus les relations sociales sont multiples et complexes, d'autant plus naissent des règles de droit destinées à discipliner ces relations. La loi a comme tendance naturelle d'englober tout le droit, et d'ici le grand nombre de lois de notre époque. Mais elles n'y arrivent jamais ; ainsi il existe encore en dehors de la loi, le droit qui reste à être formulé par le moyen de la jurisprudence et de la coutume. Entre la loi écrite, la jurisprudence et la coutume comme moyens d'expression du droit, il n'y a qu'une différence de degré,

Pourtant la loi, dernière née dans l'évolution progressive de la société, a sur les autres une supériorité indéniable. D'abord la loi écrite a l'avantage d'être un moyen de constatation de la norme juridique beaucoup plus précis que

la coutume et la jurisprudence. Ces deux dernières ne se présentent souvent que sous une forme chaotique et indéterminée. La loi, par sa précision, peut mieux réaliser une limite bien déterminée pour les particuliers, pour les agents du pouvoir et pour le juge. La loi positive peut organiser plus promptement et plus précisément les moyens techniques nécessaires pour la réalisation de la norme juridique qu'elle exprime, et en ce sens elle constitue un instrument juridique mieux approprié pour satisfaire les nécessités changeantes de la vie sociale.

La loi, étant donné la présomption qu'elle exprime le droit, est un élément précieux par sa fixité pour la formation de la science juridique. Mais cette qualité ne manque pas de danger, car souvent le juriste est tenté de confondre la loi avec le droit. « La loi, dit M. Duguit, est un document pour le juriste, rien de plus, c'est-à-dire un élément dans la recherche qu'il doit faire de la norme juridique s'imposant à un moment dans un groupe donné et des meilleurs procédés techniques pour la mettre en œuvre » (1).

Enfin, si la loi ne peut, par le fait qu'elle existe, édicter ou créer la norme juridique, elle a, au contraire, une certaine vertu éducative qui peut contribuer à la création des véritables normes juridiques. En effet, la norme juridique née dans la conscience de la masse des individus, est un produit de l'opinion publique qui doit exister dans la plus rudimentaire des sociétés. Or, cette opinion est déterminée

(1) Duguit, *Traité*, t. I, p. 175. Par sa méthode, par sa conception sur l'Etat et par l'importance relative qu'il donne à la loi dans l'ensemble de la réalité juridique, M. Duguit a le grand mérite d'avoir rappelé que la science juridique est une science sociale. Cf. H. Lasky, *La conception de l'Etat de M. Duguit*, dans *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1932, t. I et II.

dans une grande mesure par une élite qui est constituée en fait par les gouvernants, c'est-à-dire ceux à qui on attribue la force et qui ont de leur côté le prestige. Comme ce sont eux qui sont les législateurs, la loi aurait un prestige suffisant pour déterminer l'opinion publique. Dans une démocratie réelle, la loi correspond plus ou moins à l'opinion de la majorité. Cette majorité représente la partie ou la classe dominante à un moment donné et, comme telle, elle exerce une influence profonde sur la formation de l'opinion publique. Il y a donc « une série d'actions et de réactions perpétuelles qui déterminent une pénétration continue entre l'opinion et le législateur » et qui fait que la loi, si elle n'est pas l'expression exacte de l'opinion générale, l'accord entre elle et cette opinion est toujours possible (1).

Nous voyons donc que la loi n'a pas un caractère absolu. Elle n'a ni sa valeur, ni son impératif en elle-même ; elle ne peut ni tout affirmer, ni tout faire. Elle est conditionnée par la norme juridique qui existe au-dessus d'elle et avant elle. La loi n'a pas de pouvoir qu'en tant qu'elle formule la norme sociale, elle n'a pas de valeur qu'en tant qu'elle est utile, en tant qu'elle réussit, devant les nécessités de la vie, à mettre une discipline qui écarte l'arbitraire.

Nous croyons que le caractère relatif de la loi constitue sa plus grande qualité pour le rôle qu'elle doit remplir. « Le caractère de la loi permet à la société d'évoluer sous cette carapace rigide sans abandonner dans son ensemble le régime de légalité, titulaire de la liberté individuelle » (2).

(1) Duguit, *Traité*, t. I, p. 174 et suiv.

(2) Jean Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, p. 334.

7. — Transformation du droit à côté de la loi.

Si, dans le stade actuel de notre civilisation, l'Etat ne peut se maintenir que grâce à la *prépondérance de la loi*, ce principe ne peut satisfaire les exigences de la vie que grâce à une autre règle de conduite que nous appellerons *la primauté du droit*.

Le rapport entre la loi et les faits est compris d'une manière différente suivant les temps et les auteurs. Nous avons montré comment jusqu'au *xx^e* siècle la conception courante était la primauté du droit positif par rapport aux faits. Depuis on a commencé à remarquer la continue interpénétration des droits et des faits. C'est le mérite de M. François Geny d'avoir été le premier en France à montrer clairement l'antagonisme entre la loi écrite et les faits. La loi ne se maintient que par une continue adaptation aux faits. Ce procès d'adaptation peut être compris de manières différentes. « N'est-ce pas sacrifier le droit lui-même, en le réduisant à la pure sujétion des faits ? A vrai dire les plus fougueux champions des théories positivistes n'y arrivent jamais dans l'application. Et malgré leur nihilisme doctrinaire, ils reviennent inconsciemment à la reconnaissance effective du juste objectif si réduit qu'en puisse être la portée » (1).

C'est un des plus ardues problèmes de la science juridique de savoir si, derrière et en dehors de la loi, il n'y a que l'arbitraire. Le droit naturel, le juste objectif, le principe de solidarité sociale ne sont, en fin de compte, que des essais pour déterminer une limite en dehors de la loi. Ce sont des essais

(1) François Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1919, t. II, p. 98.

pour tracer le contenu du droit qui est en dehors de la loi écrite, parce que si la loi a l'avantage de la précision, le droit en général est indéterminé sinon indéterminable.

« Le juge appelé à dire le droit en suppléant le défaut ou les lacunes des sources formelles et, par conséquent, tout interprète de droit positif doit compter avec les inspirations de la raison et de la conscience pour scruter le mystère des choses positives qui précisera son diagnostic et mettra en œuvre les principes rationnels. Tout cela revient à dire qu'il y a des principes de justice supérieurs à la contingence des faits et que si les faits précisent la réalisation des principes, ils n'en sauraient constituer l'essence » (1). Le juge, l'administrateur qui sont chargés de faire l'application des lois, où trouveront-ils ces principes supérieurs de justice ? Ni dans le droit naturel, ni dans l'idée de justice abstraite innée dans la conscience de chaque homme, mais dans ce droit obscur, extérieur aux lois, qui est né dans chaque société, produit de la vie en commun et des nécessités sociales. « Un pilote dirigeant son navire, un médecin soignant un malade, un homme de loi conduisant un procès, ne peuvent arrêter à volonté, au gré de leurs incertitudes ou de leurs goûts l'exercice de leurs fonctions. Ce qui signifie dans le cas de l'homme de loi qui doit fréquemment se contenter d'appréciations moyennes et de vérités approximatives, quelquefois même de présomptions, lorsqu'elles aident à sortir des difficultés insondables ou à combler des lacunes malencontreuses. C'est avec ces faits présents à l'esprit que l'on peut essayer de se rendre compte de ce mélange singulier des considérations théoriques et pratiques que présente le droit » (2).

(1) *Ibid.*, p. 101.

(2) Paul Vinogradof, *op. cit.*, p. 47.

Le rôle des organes de l'Etat n'est pas terminé avec la simple application des lois parce que la loi n'est qu'un moyen aidant la satisfaction des nécessités sociales. Si dans l'application des lois les textes n'étaient pas suffisants pour accomplir cette œuvre, l'homme de loi trouvera dans ces nécessités mêmes la source de l'interprétation ou des modifications des lois, pour les adapter aux exigences de la vie. En effet, nous voyons qu'il n'y a pas une constitution, pas une loi qui, à force d'être appliquée, soit restée longtemps sans créer à côté d'elle une pratique à laquelle son législateur n'a jamais pensé.

* * *

I. — *La pratique constitutionnelle.* — Il ne faut pas confondre la violation d'une constitution ou d'une loi avec la création d'une règle de droit s'affirmant par la pratique à côté de la constitution ou de la loi. Cette règle de droit, produit de la nécessité, est née souvent par le procédé de l'interprétation, mais quelquefois, elle se développe en dehors du texte comme produit de la contingence de la vie.

Une constitution peut être en avance ou en retard sur les mœurs et, comme on l'a bien remarqué, il ne suffit pas de lire la constitution pour connaître le régime constitutionnel d'un pays. Cela prouve l'imperfection des lois en général.

Il y a d'abord des pays comme l'Angleterre où le régime constitutionnel s'est développé sans une constitution écrite. Il n'y a que très peu de textes de nature constitutionnelle formulés au hasard de quelques événements historiques

et n'étant pas de nature et de nombre à régler la vie constitutionnelle du pays. Aucun texte de loi anglaise ne mentionne la fonction du ministère parlementaire, elle ne connaît que « les serviteurs du roi ». Le système bicaméral anglais, dont l'origine est une longue controverse historique, n'a été ni créé, ni même confirmé par un texte. La Chambre des Lords a perdu petit à petit sa puissance première devant le fait démocratique sans y opposer une résistance active, bien que la transformation n'en soit mentionnée par aucun acte législatif spécial. Ce n'est pas un texte qui a fait perdre au roi d'Angleterre sa puissance réelle en lui en conservant seulement la vénérable apparence, ainsi que le dicton « *The king can do not wrong* » (1).

Dans les pays à constitution écrite, la procédure de la révision est un mécanisme difficile qui ne peut être mis en mouvement que pour des cas extrêmes ou considérés comme tels. Cette difficulté détermine la formation des normes constitutionnelles dont la nécessité dépasse les prévisions des initiateurs. En dehors de la révision formelle, il y a pour chaque constitution réellement applicable une révision continue déterminée par les mœurs.

La constitution fédérale américaine de 1787 était une œuvre législative créée de toutes pièces, produit d'une idéologie (2). Elle a voulu, conformément à l'idée dominante du temps, créer la séparation des pouvoirs tranchée, pour empêcher l'abus des pouvoirs concentrés. D'après les textes constitutionnels, le Congrès seul a l'initiative des lois, et le Président de son côté est un pouvoir indépendant avec son

(1) Cf. Jean Cruet, *op. cit.*, p. 86 et suiv.

(2) Cf. F. Goodnow, *Les principes du droit administratif des États-Unis*, Giard, Paris, 1907, p. 81 et suiv.

droit de nommer ses ministres, responsables seulement devant lui. La disposition du texte qui décide que la nomination des ministres doit être ratifiée par la majorité du Sénat aurait pu paralyser complètement l'activité présidentielle si la pratique constitutionnelle n'eût fait d'elle une simple formalité. La collaboration des organes et le contrôle réciproque auraient été impossibles si on s'était contenté de la lettre constitutionnelle. Mais la pratique a fait naître l'institution des Comités permanents de la Chambre et du Sénat, dont la fonction est de réaliser la collaboration étroite entre l'exécutif et les Chambres législatives. Quant au contrôle sur les pouvoirs du Président, l'attitude du Sénat américain à l'occasion du traité de Versailles, est une preuve évidente de ce que peut faire la pratique constitutionnelle en dehors des lois.

Des douze constitutions de France, pas une n'a été rigoureusement appliquée dans sa lettre et son esprit. Seule la constitution de 1875 s'est montrée viable parce que le hasard historique de son élaboration l'a empêchée d'engager l'avenir et en a fait un instrument souple et susceptible de permettre la création à côté d'elle des règles, produites spontanément par la vie constitutionnelle du pays. L'exemple le plus caractéristique en est le pouvoir du Président de la République. D'après l'article 5 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, il a le droit de dissolution de la Chambre des Députés, et après l'article 7 de celle du 16 juillet 1875, c'est à lui de réclamer la nouvelle délibération, d'une loi. Faute de possibilité politique d'application, ces deux textes constitutionnels sont considérés comme tombés en désuétude. L'institution du Président de la République est aujourd'hui réglée par des normes de droit qui sont toutes différentes de celles inscrites dans les textes des lois

constitutionnelles de 1875. M. Hauriou appelle cette sorte d'oblitération des textes par la pratique un *faussement de la constitution* qui, d'après lui, n'est qu'un état de fait n'ayant pas la vertu de modifier le droit, ainsi que le retour aux pratiques conformes au texte devient légal dès qu'il est possible (1). Nous croyons que ces faussements de constitutions n'impliquent l'idée de légalité ou d'illégalité qu'au point de vue purement formel. Une nouvelle règle de droit étant formée, le retour intempestif à l'ancienne pratique conforme aux textes constitutionnels, constituerait une illégalité dans le sens qu'il produirait une réaction politique ou sociale pareille à celle produite par toute autre illégalité.

Dans les pays où le régime constitutionnel est démocratique et de date récente, on observe souvent une avance des textes constitutionnels sur les mœurs. Les juristes les plus optimistes constatent qu'en dehors du droit constitutionnel, il reste un domaine plus étendu, que la vie politique et que les faits dominent le droit écrit (2). Ce pseudo-constitutionnalisme s'explique, en grande partie, par le fait que les nouvelles constitutions n'ont pas eu le temps de s'adapter par une pratique politique prolongée à la vie propre et aux mœurs du pays. Ces constitutions peuvent rester inapplicables dans leur intégralité, comme sont restées celles de la France et celle des États-Unis, tant que l'histoire et la pratique n'ont pas formulé, à côté de la constitution écrite, *la constitution réelle*.

(1) Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, p. 301.

(2) Mirkiné Gourevitch, *Les constitutions de l'Europe nouvelle*, Paris, Delagrave, 1928, p. 15.

* * *

II. — *La pratique gouvernementale et administrative.* —

M. Joseph Barthélemy observe que : « La loi n'est pas la règle unique de l'activité gouvernementale, dans l'infini complexe de ses manifestations ; mais elle lui oppose une barrière infranchissable » (1). Cette « barrière infranchissable » constitue toujours une gêne pour l'exécutif. Bluntchli avait raison de dire que, si un gouvernement se contentait d'appliquer la loi, il serait un mauvais gouvernement.

D'après le texte de la constitution, le rôle de l'exécutif est de veiller à l'exécution des lois. L'article 2 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 donne comme attributions au Président de la République, chef suprême de l'exécutif : « Il promulgue les lois lorsqu'elles ont été votées par les deux Chambres et en surveille et en assure l'exécution ». Il semblait donc que l'exécutif serait une fonction subordonnée au législatif. Mais la pratique constitutionnelle a infirmé la formule de la doctrine et du texte.

Montesquieu, à qui on a attribué — à tort ou à raison — la paternité du principe de séparation des pouvoirs, n'a pas pensé faire de l'exécutif un pouvoir subalterne, en lui attribuant seulement l'exécution de la loi, mais en faire *une puissance exécutrice des choses* (2).

La plupart des lois, comme nous l'avons vu, sont des règles de droit constructives. Les lois constructives ne

(1) Joseph Barthélemy, *Du renforcement du pouvoir exécutif en temps de guerre*, *Revue de droit public*, 1915, p. 121, et *Notes parlementaires dans Revue de droit public*, 1907, p. 275 et suiv.

(2) Montesquieu, *Esprit des Loïs*, Liv. XI, ch. 6.

s'adressent pas aux particuliers mais aux agents administratifs qui en assurent l'exécution ; elles sont des ordres qui pour être exécutés doivent être interprétés par celui qui est chargé d'en assurer l'exécution. Le règlement n'est autre chose que la loi vue du point de vue pratique de celui qui doit l'exécuter.

L'administrateur n'exécute la loi que dans deux cas : d'abord quand cela lui convient au point de vue de son autorité et de sa fonction et, en dehors de cela, quand l'application en est réclamée par ceux qui en bénéficient. Dans un pays où le public ne réclame pas avec persévérance à l'autorité la continuelle application des lois, celles-ci ne seront appliquées que dans le premier cas. Quelle valeur a le fait que des droits, comme la liberté individuelle, sont inscrits dans la loi en faveur des individus, si ces individus n'en réclament pas l'application ?

Une loi longtemps non appliquée et restée en léthargie, non à cause de sa non conformité à la règle de droit mais à cause du manque de réaction de la part du public, n'est pas tombée en désuétude, mais crée une situation à peu près semblable. Cette situation peut engendrer une nouvelle norme pour l'administration et ainsi peut naître une règle de droit, due à la mollesse des administrés concurremment à l'inertie des administrateurs. Il existe donc, sans doute, un *droit prétorien du gouvernement* qui a son origine, non seulement dans la pratique à côté de la loi, imposée par les nécessités de la vie sociale, mais aussi dans la permission — abusive quelquefois — que se donne l'administration de ne pas appliquer certaines lois (1).

(1) Cf. Jean Cruet, *Etude juridique de l'arbitraire gouvernemental et administratif*, p. 57 et suiv., 180 et suiv.

*
* *

III. *La pratique judiciaire.* — La mission du juge est de dire le droit. Est-ce que cela veut dire qu'il est, comme disait Montesquieu, « la bouche qui exprime les paroles de la loi sans modérer la force ni la rigueur ».

La loi la plus claire reste une règle abstraite de conduite. Devant le juge vient le plus souvent des espèces où manque la conformité exacte avec l'espèce idéale imaginée par le législateur. D'où le besoin pour le juge d'interpréter la loi dans l'usage qu'il en fait ; et toute interprétation est dans une mesure plus ou moins grande une déformation. Ainsi s'explique pourquoi dans les époques où le législateur est trop jaloux de son œuvre, comme au temps de Justinien et pendant la Révolution française, il est interdit au juge de toucher par l'interprétation à la fixité de la loi.

Mais nous disions que la prétention du législateur de créer tout le droit reste une illusion contre laquelle s'élève la vie avec ses nécessités imprévisibles. L'histoire juridique de tous les temps et surtout depuis un siècle, a démontré que la jurisprudence n'est pas seulement un remède à l'insuffisance naturelle de n'importe quelle loi devant la vie, mais elle est aussi le plus loyal collaborateur du législateur dans l'œuvre d'élaboration juridique (1).

On s'imagine que la merveilleuse œuvre de logique et d'utilité qui fut le droit romain ne pouvait être que le produit de l'élaboration de juristes de génie. Il n'en est rien.

(1) François Génys, dans *Les procédés d'élaboration du droit civil, Méthode juridique*, Paris, 1911, p. 178, constate que l'interprétation du droit positif et sa constitution législative ne sont que les deux aspects du même phénomène juridique qui est : la formation du droit objectif,

Il n'était que le produit de l'histoire, des nécessités de la vie juridique, satisfaits par la compréhension intelligente de l'interprétation des juges (1).

La loi des XII Tables avait un caractère sacré. D'abord les Pontifes avaient le monopole de l'interprétation qu'ils faisaient avec le double esprit de respect des traditions et du soin de satisfaire les besoins de la vie courante. Puis vient le préteur, qui par l'ingénieux procédé technique des exceptions, hypothèses et fictions, arrive à créer un droit nouveau, le droit prétorien tout en ayant l'air de respecter les traditions anciennes. Le droit législatif ne venait qu'après, pour confirmer la règle formulée par la pratique prétorienne.

En Angleterre la majeure partie du droit est formulée, non par le légiste, mais par le juge : *judge made law*. Le paradoxal procédé de la formation de ce droit en continuel mouvement réside dans le principe de respect de la tradition. En effet le juge en Angleterre est lié par la sentence qu'il a prononcée, par son propre précédent. Il trouve la limite et l'indication nécessaires pour se guider dans le *comon law*, qui n'est que l'ensemble de la coutume. Mais où trouve-t-il formulée la coutume ? Seulement dans les écrits des sentences. La coutume est le réflexe direct des nécessités de la vie juridique ; et ainsi le juge anglais, tout en respectant la coutume ancienne, crée par sa sentence la coutume nouvelle, le droit nouveau (2).

En France le juge, tenu en suspicion par le législateur

(1) Ihering, *Der Zweck Recht im Recht*, Leipzig, 1883, t. II, p. 12, et *L'esprit du droit romain*, t. III, p. 296.

(2) Cf. Dicey, *op. cit.*, p. 55 et suiv., et Bryce, *op. cit.*, p. 17 et suiv.

au commencement du XIX^e siècle, a pris petit à petit sa revanche, et aujourd'hui, bien que sa collaboration à la formation du droit ne soit pas reconnue formellement, n'en est pas moins effective. Le Code civil, considéré en 1804 comme une œuvre se suffisant à elle-même, a été profondément transformé par le fait de la jurisprudence. Pas un de ses articles n'est resté sans être touché, sinon dans sa lettre, du moins dans son sens. Il y a un siècle, les professeurs de droit civil s'intitulaient professeurs de Code Napoléon ; aujourd'hui M. Josserand est prêt de qualifier son *Traité de Droit civil* avant tout une étude de « Droit jurisprudentiel » (1).

Le pacte d'assurance sur la vie était considéré, par les auteurs du Code, comme une institution immorale et, comme telle, écarté du texte. Devant la nécessité que la société a senti d'user de cette institution bannie, le juge français du XIX^e siècle, comme le préteur romain, tout en respectant le principe de la loi écrite, a découvert, dans l'article 1121 qui prévoit la stipulation pour autrui, la possibilité de satisfaire la nouvelle nécessité sociale.

La même chose se passe dans un nombre infini de matières. Le droit ouvrier, naturellement ignoré par le législateur révolutionnaire, n'a fait des progrès que grâce à la jurisprudence qui a le mérite d'avoir constaté ce droit extra-juridique en formation.

Mais où la jurisprudence française a réussi à tirer d'un texte de peu d'importance des conséquences considérables, c'est en matière de juridiction administrative. Ici nous voyons une institution judiciaire, le Conseil d'Etat, créé

(1) L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, Paris, 1932, t. I, p. 7.

par la nécessité de sa fonction. A son tour le Conseil d'Etat de forger presque sans texte l'instrument le plus admirable pour limiter juridiquement le pouvoir des gouvernants : le recours pour excès de pouvoir. La justice administrative française a trouvé dans la nécessité ou se trouvèrent les administrés de se garantir contre l'arbitraire de l'administration, la puissance que la pauvreté des textes lui refusait. La jurisprudence du Conseil d'Etat donne un exemple évident de la création spontanée du droit et montre, encore une fois, comment le droit positif peut être laissé en arrière par la jurisprudence créatrice. Pourtant cette jurisprudence n'est reconnue comme source formelle de droit, ni par le droit positif français, ni par les auteurs même qui lui reconnaissent sa vertu (1).

La constatation de ce droit créé par la jurisprudence, n'implique pas une diminution de la valeur sociale de la loi, elle n'indique pas non plus un danger possible du côté de l'arbitraire judiciaire. Tout d'abord, la source du droit jurisprudentiel consiste dans l'interprétation, ce qui veut dire que toute création, quelque audacieuse qu'elle soit, a son point de départ dans un texte. Sans ce point de départ, l'action du juge constitue un arbitraire, et le respect de la loi est pour les juges la plus élémentaire des vertus professionnelles. Le caractère traditionnel et conservateur du magistrat en est une garantie ; il est trop lié par le caractère de sa profession aux textes des lois, pour qu'on puisse craindre qu'il les oublie. Ainsi le conseil que M. Geny donnait : *au delà du code, mais par le code*, n'a pas besoin de mettre trop l'accent sur la seconde proposition.

(1) Cf. GénY, *Méthode d'interprétation*, t. II, p. 1, 73, et t. I, p. 238 et suiv.

Il n'y a pas d'antagonisme entre la loi et l'interprétation, — l'une n'est que complétée par l'autre, — comme il n'y a pas de concurrence entre le juge et le législateur, car entre eux existe un rapport de collaboration : le premier prépare la voie au second et inversement.

CHAPITRE III

Les garanties du principe de légalité.

8. — *La subordination des lois.*

« En matière juridique, disait M. Hauriou, il faut toujours chercher les garanties et les sûretés ; il ne suffit pas qu'un droit soit reconnu et déclaré, il faut encore qu'il soit garanti car il sera contesté et violé » (1). En droit public toute garantie se résout par une limitation du pouvoir des gouvernants et surtout par son continuel contrôle.

Le premier en date des moyens techniques de limitation et de contrôle du pouvoir est le système d'après lequel les lois, suivant leur contenu, la forme et l'auteur qui les a édictées, sont classées hiérarchiquement d'après l'ordre de subordination : en premier lieu les lois constitutionnelles, puis les lois ordinaires et enfin les règlements. La différenciation des lois d'après leur nature doit toujours être accompagnée par une discipline imposée aux gouvernants dans la confection de ces lois.

M. Kelsen constate que ce qu'on voit dans la réalité juridique n'est pas tant la coexistence des fonctions plus ou moins différentes (séparation des pouvoirs), qu'une hiérarchie des règles juridiques dont les plus élevées condi-

(1) Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 108.

tionnent les autres (1). D'après lui, « au soment de l'édifice » se trouve la règle fondamentale qui assure « l'unité du système juridique dans son mouvement de création ». La fonction de cette règle est de déterminer un organe : le premier organe de création de droit étatique et qu'il appelle la *constitution hypothétique*. C'est le législateur primaire, dont la fonction serait de poser les règles de la législation : la constitution positive. Cette constitution positive est pour M. Kelsen « un système des normes qui règle la création des normes » (2). Puis vient dans l'ordre descendant la loi et le règlement.

M. Duguit, bien que pour lui l'Etat ne consiste pas uniquement dans l'ordonnancement juridique, fait le même classement. Il met en tête la déclaration des droits au lieu de l'expression plus juste, croyons-nous, de M. Kelsen : la constitution hypothétique. Cette constitution hypothétique, soit qu'on l'appelle déclaration des droits, soit qu'on l'appelle la « loi fondamentale du royaume », qu'elle soit ou non formulée dans un texte, elle existe quand même comme règle fondamentale et comme norme d'après laquelle on formule le droit. Elle s'adresse aux gouvernants et, pour cette cause, elle est dépourvue de sanctions étatiques organisées.

On a dit des déclarations des droits qu'elles n'ont d'autre sanction que la loyauté et la bonne foi des gouvernants. Il y a aussi une sanction consistant dans la réaction sociale que provoque leur violation, mais cette réaction est aléa-

(1) Kelsen, *La théorie générale de l'Etat*, dans la *Revue du droit public*, 1926, p. 621.

(2) Cf. Kelsen, *op. cit.*, p. 622 et suiv., et cf. *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer, 1925, p. 249, 250 et suiv.

toire et ne peut être organisée juridiquement (1). Nous en avons la preuve dans le fameux *droit à l'insurrection*, qui formulé par les déclarations de droits n'a pas trouvé encore et peut-être ne trouvera jamais son intégration dans la technique juridique.

La constitution proprement dite est la loi fondamentale, qui, par le fait qu'elle s'adresse aux gouvernants pour leur imposer une discipline, est théoriquement une limitation du pouvoir. Elle devient réellement une limitation du fait qu'elle est élaborée par un organe spécial constituant, différent de l'organe législatif ordinaire, qui doit se conformer à ses prescriptions. La révision de la loi constitutionnelle ne pouvant être faite que par l'organe constituant, sa révision par l'organe législatif ordinaire ne pourra être faite sans la conscience d'avoir commis une illégalité. C'est pour ce motif qu'on a abouti au système des constitutions rigides qui ont été généralement adoptées malgré l'inhérente difficulté pratique.

La valeur de la différenciation formelle entre la loi constitutionnelle et la loi ordinaire est en rapport inverse avec la confiance qu'on accorde à l'organe législatif ordinaire (2). Les constitutions des Etats particuliers de la Confédération américaine sont très détaillées afin de cantonner l'activité de l'organe législatif qui ne jouit pas d'une très grande confiance, tandis que le Parlement anglais n'est formellement limité par aucune entrave constitutionnelle. En effet, l'organisme juridique de l'Angleterre n'avait pas besoin de mettre entre la vie et la loi l'entrave constitutionnelle.

(1) Duguit, *Traité*, t. II, p. 263 et suiv.

(2) Cf. Jos. Barthélemy, *La distinction entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires dans la monarchie de Juillet*, *Revue de droit public*, 1909, p. 5 et suiv.

Ici l'esprit public est tellement conscient du droit, que la réaction dont nous avons parlé plus haut fonctionne spontanément, constituant une entrave plus efficace pour le législateur ordinaire que n'importe quelle discipline formulée par la constitution. Mais là où la réaction sociale ne se produit pas spontanément, la différenciation devient nécessaire.

La loi ordinaire est la fonction normale de l'organe législatif qui doit être limité par les dispositions constitutionnelles. La non conformité de la loi ordinaire avec la loi constitutionnelle, peut être sanctionnée naturellement par la réaction sociale, ou à défaut, il est nécessaire d'organiser une sanction artificielle qui constitue la tâche de la technique juridique. Elle consiste dans la déclaration d'inconstitutionnalité par les tribunaux dont la valeur est différente, non pas tant d'après la perfection de l'institution, que d'après l'éducation et la conscience des gouvernants.

On a observé que les arrêts prononcés contre le pouvoir étatique n'ont aucune valeur tant que « l'huissier ne pourra faire saisie sur les tableaux du Louvre » (1). Nous croyons pourtant qu'une déclaration d'illégalité n'est pas dépourvue d'efficacité, même sans disposer des moyens de contrainte pour son exécution. La déclaration d'illégalité prononcée par un tribunal, même dépourvu des possibilités de contrainte, aurait comme effet de montrer clairement, devant l'opinion publique et devant les gouvernants mêmes, qu'un acte répréhensible a été commis. Cette certitude peut déterminer d'un côté la réaction, de l'autre côté l'arrêt dans la voie commencée. Dernièrement le gouver-

(1) J. Cruet, *La vie du droit*, p. 123.

nement allemand était décidé, paraît-il, d'aller loin avec ses décrets de nécessité en vertu de l'article 48 de la Constitution de Weimar. La sentence du 25 octobre 1932, prononcée par le Tribunal suprême de Leipzig, qui déclarait illégaux ces actes en ce qui concerne la destitution du gouvernement de Prusse, semble l'avoir arrêté dans ce chemin.

* * *

Le règlement est la plus modeste catégorie des lois. On lui a même contesté ce caractère en disant qu'il est seulement un acte administratif sans caractère législatif, parce qu'il émane de l'organe qui a pour fonction d'exécuter les lois et non de les formuler (1). Nous avons rejeté cette conception formelle d'après laquelle n'ont caractère de lois que les émanations de l'organe strictement législatif (n° 6). La loi, dans le sens général, est un acte-règle sanctionné et au caractère impératif qui détermine une modification dans l'ordonnement juridique. Or le règlement, quoiqu'il émane des autorités de l'organe exécutif et bien qu'il soit subordonné à la loi, il détermine comme celle-ci une modification dans l'ordonnement juridique, c'est-à-dire dans le droit objectif (2).

On a soutenu qu'il y a une différence de nature entre la loi et le règlement, et non une différence de degrés, parce que, dit-on, le règlement est susceptible d'être attaqué et annulé par des recours juridictionnels comme n'importe quel autre acte administratif individuel, tandis que la loi

(1) Cf. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, p. 61 et suiv.

(2) Cf. Duguit, *Traité*, t. II, p. 212 et suiv.

non. Ce raisonnement serait concluant s'il n'y avait comme exemple que le droit positif de la France ; mais dans d'autres pays nous constatons que la loi et la constitution même peuvent être soumises au contrôle des tribunaux.

Dans une stricte logique du principe de séparation des pouvoirs, tel qu'il était compris par les hommes de la Révolution, le pouvoir réglementaire devait être interdit aux organes exécutifs parce que faire des règlements c'est édicter des lois. En effet la constitution de 1791 interdisait au roi de faire des règlements et ne lui permettait que de donner des proclamations pour ordonner et rappeler l'exécution des lois (Titre III, ch. 4, sect. 1, art.6).

La distinction entre la loi et le règlement au point de vue formel est de la plus grande importance pour la garantie du principe de légalité dans l'Etat moderne. Cette hiérarchie, qui subordonne le règlement à la loi dans le sens qu'il n'en peut dépasser les limites, a une double portée : tout d'abord, elle donne la possibilité à la loi, règle abstraite et générale, d'approcher le concret juridique et ensuite, elle limite la compétence législative de l'organe exécutif, en lui fixant les bornes par la loi.

Une illégalité commise par l'administration, si elle est le résultat d'un acte administratif individuel, a incontestablement un caractère répréhensible ; mais, du fait qu'elle est réduite à une seule espèce, elle ne peut avoir, surtout si elle est isolée, qu'un effet pratique limité. Une mesure abstraite et générale, prise par l'organe exécutif à l'encontre de la légalité, peut avoir une portée considérable ; et d'ici l'importance spéciale qu'on attribue au problème de compétence et de subordination du règlement à la loi.

La distinction entre le règlement et la loi est plus ou moins marquée suivant qu'on se trouve sous un régime

étatique plus ou moins éloigné du principe de la légalité. Elle n'est pas l'invention théorique des juristes de nos jours, mais une création du besoin qu'ont senti les hommes en société de se garantir contre l'arbitraire. Elles existait sous l'ancien régime politique dans la mesure où on s'approchait de l'état de droit (1) ; au contraire, de nos jours elle est rejetée même formellement dans des Etats qui, comme la république soviétique, constituent la négation du principe de légalité (2).

9. — *La séparation des Pouvoirs.*

Les hommes se sont toujours rendu compte instinctivement que la concentration de tout pouvoir étatique dans la main d'un seul, n'est pas de nature à assurer les droits et les libertés individuels. Le grand mérite de Montesquieu est d'avoir exposé clairement la nécessité pratique d'un partage du pouvoir d'après les principales fonctions de l'Etat : législation, exécution et juridiction. Il est très intéressant de remarquer que Montesquieu n'a pas inventé de toute pièce le système de séparation des pouvoirs. Il l'a trouvé formé, ou en voie de formation, en Angleterre, où il s'était déjà dégagé de la nécessité de garantir les libertés publiques (3).

Tel il a été compris par les hommes de la Révolution qui ont mis dans le même article 16 de la Déclaration des Droits

(1) Mme Balachowsky-Petit, *La loi et l'ordonnance dans les Etats qui ne connaissent pas la séparation des pouvoirs législatifs et exécutifs*, thèse Paris, 1901, p. 154, 205, 216 et suiv.

(2) Cf. Mirkine Guetzevitch, *La théorie générale de l'Etat soviétique*, Paris, Giard, 1928.

(3) Montesquieu, *op. cit.*, Liv. XI, chap. IV.

de 1789 le principe de garantie des droits et le principe de la séparation des pouvoirs : « Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée et la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de constitution ». La Déclaration des droits de 1793 (art. 24) est plus expressive : « Elle (la garantie sociale des droits) ne peut pas exister si les limites des fonctions publiques ne sont clairement déterminées par la loi ». De même, l'article 12 de la déclaration des droits de l'an III considère le système de séparation des pouvoirs comme une garantie des droits.

Le rationalisme excessif de la Révolution a dénaturé complètement le principe utile d'art politique en en faisant un principe de métaphysique juridique. Dans la conception de l'Assemblée nationale de 1789, la séparation des pouvoirs devient une notion distincte des fonctions, un dogme intangible, immuable, comparable, comme dit M. Duguit, au mystère de la trinité chrétienne. De même Kant la concevait comme une décomposition de l'unité étatique en trois personnes ayant des attributions distinctes (1).

Cette conception ne résista pas un jour aux réalités politiques, et les gouvernements révolutionnaires en sont le plus évident démenti. L'exagération ne prouve pas l'inutilité d'un principe. Dans la lutte contre le pouvoir royal, la séparation des pouvoirs fut un des instruments les plus efficaces dans la main de la bourgeoisie. On peut se rendre compte de sa valeur en considérant les régimes où elle n'existe pas.

On insiste sur le caractère non juridique du principe des

(1) Kant, *La doctrine du droit*, traduction Barni, p. 168, et cf. Duguit, *J.-J. Rousseau, Kant et Hegel*, p. 27.

séparations de pouvoirs, car il ne serait qu'un principe d'art politique d'après lequel « il est convenable » pour la garantie de droit, que les grandes fonctions étatiques soient exercées par les organes distincts, jouissant d'une certaine indépendance (1).

Ce n'est pas ici le lieu de nous arrêter sur les incessantes controverses, sur le point de savoir s'il y a une séparation de pouvoirs ou une séparation de fonctions, s'il existe les trois pouvoirs classiques ou s'il n'existe que deux principaux. Nous nous demandons comment la séparation des pouvoirs assure-t-elle en fait le principe de légalité ? Toute la réponse à cette question se trouve dans les phrases de l'*Esprit des lois* de Montesquieu : « Mais c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il y va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait ! la vertu même a besoin de limites. Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir » (Livre XI, chap. 6). Depuis que Montesquieu a écrit ces mots, on n'en a pas, jusqu'à ce jour, écrit d'autres qui expliquent mieux la nécessité de trouver une *disposition des choses* pour limiter le pouvoir, et, pour réaliser cette limite du pouvoir, on n'a pas trouvé d'autre disposition que celle de la partager. Montesquieu a montré d'avance l'inutilité de l'idée d'autolimitation du pouvoir. Il faut que cette limitation soit extérieure au pouvoir et, pour qu'elle soit efficace, il faut le partager.

L'idée de séparation des pouvoirs est-elle de l'essence de l'idée démocratique ? M. Kelsen le conteste. Il soutient que la théorie de séparation des pouvoirs n'est une conséquence

(1) Jos. Barthélemy et P. Duez, *Traité*, p. 148.

ni de l'idée démocratique ni de l'idée autocratique. C'est, d'après lui, un correctif de deux systèmes, l'autocratie ayant un penchant vers la concentration des fonctions étatiques entre les mains d'un seul, la démocratie au contraire ayant une tendance de dispersion de la puissance entre les mains de tout le peuple ou de ses représentants. Il constate d'ailleurs que l'idée convient très bien au système démocratique, quoique, ce qui est essentiel en démocratie, c'est moins de séparer les pouvoirs ou d'attribuer chaque fonction à un organe différent, que « de diviser le pouvoir, c'est-à-dire de fractionner l'exercice d'une seule et même fonction entre plusieurs organes qui aient autant que possible des intérêts politiques opposés, c'est-à-dire de faire exercer chaque fonction par un organe composé » (1).

Si l'autocratie accepte une séparation des fonctions, elle ne peut le faire que dans la mesure de l'utilité de la division du travail ; mais elle ne peut concéder à une séparation juridique de ces pouvoirs sans acquiescer à une réelle atteinte au principe de son intégralité. L'autocrate qui reconnaît le principe de la séparation des pouvoirs n'est plus un autocrate. Il peut tout au plus admettre une division des fonctions, sans rien concéder de l'unité du pouvoir (2).

A la fin du XVIII^e siècle, la question de la séparation des pouvoirs était encore très actuelle en Angleterre, comme elle deviendra plus tard en France, parce que la séparation des pouvoirs équivalait dans une certaine mesure à un

(1) Kelsen, *Théorie générale de l'Etat*, *Revue du droit public*, 1926, p. 228.

(2) Cf. Mme Balachovsky-Petit, *op. cit.*, p. 117.

antagonisme des pouvoirs. En effet, l'exécutif et le législatif étaient, non seulement des pouvoirs à fonctions différentes, mais représentaient des classes sociales différentes. L'exécutif représentait la royauté ou une caste politiquement privilégiée, tandis que le législatif était la seule force dans la main du Tiers Etat dans sa lutte contre la royauté et la caste privilégiée. Aujourd'hui tout le pouvoir est dans la main de la bourgeoisie, et un conflit, intervenu entre le législatif et l'exécutif, n'a plus le caractère d'une lutte entre deux classes ou deux pouvoirs différents qui peut se terminer par une émeute comme en 1830, mais celui d'un conflit d'attributions dont la fin pourrait être un recours judiciaire.

Montesquieu n'a pas conçu la théorie de séparation des pouvoirs comme un antagonisme des pouvoirs, mais comme une collaboration, un concert des pouvoirs, qui tout en se contrôlant, seront forcés de collaborer. Le conflit des pouvoirs n'est concevable que là où le pouvoir est partagé entre des castes ou des classes différentes comme dans les pays qui, sous l'aspect démocratique, gardent encore la réalité d'une caste privilégiée. Dans la démocratie, il n'existe pas une question de conflit des pouvoirs, parce que le pouvoir tout entier appartient à une majorité ; il peut y arriver tout au plus des conflits d'attribution entre les organes différents du même pouvoir.

Ainsi s'explique pourquoi dans les pays démocratiques l'abîme entre la loi et l'acte administratif est moins grand, et pourquoi la Révolution a fait de la loi, la seule émanation de la volonté des représentants du peuple, une chose intangible et sacrée.

La nature de la législation se dégage par opposition à l'exécution seulement par le fait qu'elle obéit à un régime

•

différent et non tant par la nature différente de leurs organes d'élaboration. Aujourd'hui on comprend par séparation des pouvoirs la collaboration des pouvoirs, ou mieux, collaboration des organes de l'Etat, mais collaboration suivant une certaine manière déterminée par la constitution. Il n'y a donc pas un partage de la souveraineté entre les différents organes, mais il y a une répartition des compétences entre ces organes de la représentation populaire. Ainsi le Parlement, organe de la représentation, est investi de plusieurs fonctions dont la principale est la législation. Il collabore à cette fin avec le chef d'Etat d'une certaine manière fixée par la constitution. A son tour le chef d'Etat, l'autre organe de la représentation populaire, collabore directement ou par le gouvernement, avec le Parlement pour l'activité générale de l'Etat, mais son rôle dans cette collaboration est aussi déterminé par la constitution. Ces collaborations revêtent des formes différentes. C'est cette attribution des compétences aux organes, différents de structure, qu'on entend aujourd'hui par séparation des pouvoirs.

Mais cette attribution des compétences dans l'activité étatique, doit être aménagée de telle manière qu'une action réciproque et constante de contrôle soit exercée, sans que cela puisse nuire à la collaboration effective. Il faut qu'un équilibre parfait soit établi entre les organes différents. Il ne faut pas permettre que, sous le prétexte de contrôle ou de nécessité, un organe rende l'autre impuissant, en s'attribuant une compétence autre que celle fixée par la constitution. C'est le rôle de la technique juridique constitutionnelle de réaliser cet aménagement pratique, d'abord par la précision la plus minutieuse possible des compétences réciproques, ensuite par l'institution d'un appareil

étatique susceptible de satisfaire les nécessités pressantes sans nuire au contrôle.

10. — *La démocratie parlementaire.*

En dépit des théories, les nécessités de la vie politique créent des institutions moins rationnelles, mais qui permettent de surmonter les difficultés du jour.

Les hommes de la Révolution qui juraient sur la théorie de séparation des pouvoirs tranchés, aussitôt qu'il s'agit du péril pour la Révolution et pour la patrie, furent contraints de l'abandonner et d'adopter un système de gouvernement plus souple qui, tout en gardant le principe de la représentation, pût faire face aux pressantes nécessités du jour. Ainsi fut née spontanément, à côté de la séparation des pouvoirs, le Comité de Salut public qui n'était au fond qu'un système de gouvernement parlementaire à l'état embryonnaire, le premier ministère responsable de la France (1).

Le gouvernement parlementaire est né en Angleterre et son évolution a duré quelques siècles. Son développement ne s'explique pas seulement par le concours favorable des circonstances historiques, comme par exemple l'affaiblissement de l'autorité du monarque au xviii^e siècle qui permit la création du *mutiny acte* annuel, ou le fait qu'au commencement du xviii^e siècle, l'Angleterre eut à sa tête un roi ignorant l'anglais, un aveugle, un fainéant permettant au Conseil des ministres de délibérer hors de leur présence. Le parlementarisme anglais fut un produit du pouvoir acquis des ministres, pouvoir qui était fondé sur la confiance

(1) Cf. Aulard, *Histoire politique de la Révolution française.*

des Chambres et surtout sur celle de la Chambre populaire des Communes. Le système fut donc créé par la nécessité que ressentait cette Chambre populaire de contrôler constamment l'activité des gouvernants. Ainsi s'explique comment la responsabilité pénale des ministres se transforma en responsabilité politique plus efficace.

Si la représentation et le parlementarisme sont des produits naturels de l'évolution sociale, et non une simple création de la loi positive, il n'en est pas moins vrai que le législateur a son rôle de constater et d'organiser la norme pour faire une œuvre durable (1). L'intervention du législateur est d'autant plus nécessaire que cette norme n'est pas consolidée par une longue pratique.

Le parlementarisme n'a pas un but en soi-même ; il n'est qu'une technique pour la réalisation pratique de l'idée démocratique. La démocratie elle-même ne peut former un but de l'Etat, parce qu'au fond elle n'est qu'une méthode de gouvernement. (2) Quand on considère donc le parlementarisme avec ses qualités et ses défauts, il ne faut pas l'envisager comme un système idéal, insusceptible de transformations, mais comme un instrument qui n'a sa valeur que dans la mesure de ce qu'il peut réaliser à côté d'autres systèmes. Par conséquent, dans l'analyse qu'on en fait, on doit procéder par comparaisons et non pas se contenter de critiquer sans présenter un autre système plus efficace pour réaliser en même temps la démocratie qui est un fait, le contrôle qui est une garantie et la souplesse qui est une nécessité.

(1) Cf. Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Paris, 1903, p. 221 et suiv.

(2) Bryce, *Les démocraties modernes*.

Jusqu'à ce jour, le parlementarisme constitue l'instrument le plus perfectionné, qui soit capable d'enregistrer et de tenir compte le mieux possible des nécessités des masses, parce qu'il doit être entièrement ouvert et accessible aux oscillations de la communauté nationale (1). Son fonctionnement rend possibles les réalisations déterminées par ces oscillations.

Qu'est-ce que le gouvernement parlementaire ? Dans les définitions qu'on en donne, on insiste davantage sur l'organe du pouvoir exécutif. D'après MM. Barthélémy et Duez, « le gouvernement parlementaire, variété développée complexe et délicate du gouvernement représentatif, implique essentiellement une collaboration équilibrée entre le Parlement et le chef d'Etat qui va s'exercer par l'intermédiaire du Cabinet responsable, cheville ouvrière du régime » (2). M. Hauriou le définit : « C'est une forme de gouvernement, à base de régime représentatif et de séparation des pouvoirs souple, dans laquelle une collaboration continuelle est établie, entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, par l'intermédiaire d'un organe exécutif qui est le Cabinet des ministres, lequel partage avec le chef de l'Etat la direction du Gouvernement, mais ne peut gouverner qu'en s'assurant la confiance continue du Parlement, parce qu'il est politiquement responsable devant celui-ci » (3).

Le Gouvernement parlementaire serait donc une conciliation entre le gouvernement direct, forme primaire de

(1) Hauriou, *Principes de droit public*, 1912, p. 7, 25, 40, 45 et 109.

(2) Barthélémy et Duez, *Traité...*, p. 162.

(3) Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, 1923, p. 413.

l'expression démocratique et le pouvoir irresponsable, expression du gouvernement autocratique.

Ce qui caractérise surtout le gouvernement parlementaire moderne c'est l'idée démocratique qui repose à sa base. Le Parlement, sous forme d'assemblée collégiale, a existé de tout temps, soit qu'il fût nommé par le prince ou désigné par l'élection. Son rôle se bornait à une fonction étatique secondaire — conseil, ou tout au plus contrôle, — tandis que l'importance juridique du Parlement démocratique moderne est primordiale. C'est lui seul qui dans l'Etat moderne peut accomplir l'acte — relativement libre — qui est la législation, ne restant pour l'exécutif que l'acte — relativement lié — qui est l'application des lois (1).

Si on trouve en fait une prépondérance de l'exécutif, organe de deuxième main au point de vue démocratique, cette prépondérance, ou elle n'existe qu'en apparence, ou elle prouve un faussement du système parlementaire.

Ce qu'on appelle le gouvernement de cabinet en Angleterre, ce n'est pas du tout la puissance en dehors du contrôle de l'organe administratif. Au contraire, le Premier britannique puise son pouvoir, en apparence presque illimité, dans la confiance que lui accorde le Parlement et la possibilité du contrôle effectif et immédiat.

La représentation politique est loin d'être une réalité ; elle est un palliatif et une approximation comme toute chose en politique. Sa vertu n'est pas d'exprimer toute la volonté populaire, comme on l'a prétendu, mais de constituer un système de contrôle de l'opinion publique sur l'activité des organes du gouvernement.

(1) Kelsen, *La démocratie, sa vertu, sa valeur*, Sirey, Paris, 1932, p. 81.

Le système le plus simple et le plus adéquat pour exprimer les aspirations populaires, serait le gouvernement direct, mais il a de grands inconvénients d'ordre pratique. Il a un fonctionnement difficile pour les grandes collectivités, pouvant conduire à une représentation factice, qui est le césarisme, ou à une tyrannie très marquée de la majorité sur la minorité, étant donné que le gouvernement direct ne peut être arrêté logiquement par les frontières constitutionnelles. Ainsi l'Etat moderne n'est obligé de recourir au referendum que dans le cas où le système représentatif se montrerait insuffisant.

Du fait que la représentation n'implique pas l'idée de mandat et que les actes du Parlement n'expriment pas la volonté générale du pays mais seulement la volonté de la majorité exprimée numériquement des membres du Parlement, ne résulte pas qu'il n'y a aucun rapport entre la volonté des députés et la volonté de ceux qui les ont élus. En effet, si les actes du Parlement étaient l'expression de la volonté générale, dans une parfaite logique, tous ces actes seraient en dehors de toute possibilité de critique, et une irresponsabilité complète s'en déduirait. Or en réalité on constate que les actes du Parlement sont critiquables, et les membres du Parlement sont — du moins en principe — politiquement responsables. Si les actes du Parlement étaient réellement l'expression de la volonté générale, comment pourrait-on concevoir que les actes législatifs des Chambres peuvent être critiqués et même annulés par des organes judiciaires qui n'ont pas du tout un caractère représentatif ?

* * *

Le gouvernement direct, le gouvernement représentatif

et le gouvernement parlementaire sont des moyens de réalisation — plus ou moins parfaits — de l'idée démocratique. La démocratie est un idéal de gouvernement vers lequel le monde moderne s'achemine sur une route en zig-zags ; un idéal qui est loin d'être atteint, et comme tout idéal, on ne sait jamais quand ni comment il le sera.

A la base de l'idée démocratique repose l'idée de liberté. En échange des avantages que la société lui a offerts, l'homme s'est résigné à soumettre sa volonté à celle d'un autre, mais au fond de sa conscience il a toujours gardé le désir de s'évader de la contrainte sociale qui l'oblige de s'incliner devant une volonté, autre que la sienne. Dès que son esprit s'est éveillé et n'a plus considéré la force étatique comme une puissance divine ou une force de la nature, il a cherché sa liberté dans le cadre de la société par une tendance d'auto-détermination. En ce sens l'idée démocratique, qui est une idée d'auto-détermination, a un caractère révolutionnaire.

Mais la liberté dans le cadre de la société est tout autre chose que la liberté conçue en dehors d'elle. C'est une liberté spéciale qui doit s'accommoder avec l'idée de soumission aux normes sociales et en même temps satisfaire l'instinct d'auto-détermination. Ce compromis est réalisé dans l'idée démocratique, qui signifie identité de sujets et d'objets du pouvoir, identité entre la notion des gouvernants et des gouvernés, ou gouvernement du peuple par le peuple (1).

Pour que cet idéal soit réalisé, il faut imaginer une société où règne une égalité parfaite, non seulement juri-

(1) H. Kelsen, *op. cit.*, p. 14, et cf. Harold Lasky, *A grammar of politics*, 2^e éd., London, 1931, p. 18.

dique, mais sociale, entre les individus qui la composent. En dehors de cette égalité hypothétique, la liberté des uns se heurtera à la liberté et aux intérêts des autres. La démocratie intégrale suppose une communauté parfaite des buts et des intérêts de tous les membres de la collectivité sociale. On a dit avec raison, que l'égalité n'est pas le but de la démocratie et qu'elle peut être plus facilement réalisée par d'autres régimes (1), — et cette idée explique dans une certaine mesure l'anti-démocratisme communiste — mais il n'en est pas moins vrai qu'une démocratie réelle et parfaite est inconcevable dans l'état de l'inégalité sociale.

Parce que l'égalité sociale n'a pas pu être réalisée, on a du concilier l'idée d'auto-détermination avec l'idée d'inégalité des classes sociales. De ce compromis, nécessaire à la collaboration des classes, on est arrivé à la démocratie politique qui n'est conçue que comme un armistice dans la lutte des classes (2).

Nous n'avons pas à nous occuper de la démocratie intégrale ou, comme on l'a appelée encore, démocratie sociale, parce que pour le moment, elle ne fait pas l'objet des préoccupations juridiques. Nous vivons sous le signe de la démocratie politique qu'on appelle aussi démocratie de classes ou démocratie bourgeoise. La note caractéristique de cette démocratie c'est le principe majoritaire qui est une conciliation entre les intérêts de la classe qui voit sa liberté satisfaite et le minimum des revendications de la classe minoritaire. En effet, une collaboration sociale entre diverses classes ne serait possible si l'une était en rébellion

(1) Bryce, *op. cit.* et Le Fur, *L'équivoque démocratique*, p. 81.

(2) Cf. Max Adler, *Démocratie politique et démocratie sociale*, Bruxelles, L'Eglantine, 1930,

contre l'autre. D'autre part, si la classe majoritaire veut que ses intérêts soient satisfaits conformément à sa volonté, cette collaboration ne serait plus possible. Il faut donc qu'elle fasse des concessions plus ou moins grandes, d'après les rapports des forces entre la majorité et la minorité. Toute décision que prendra la majorité aura comme but, en premier lieu, de servir ses propres intérêts, et cela conformément à sa volonté. Mais cette volonté sera déterminée, dans une certaine mesure, par la considération qu'il existe également une minorité, laquelle, si elle n'est pas alliée, n'est pas non plus en rébellion. Qui admet le droit de la majorité, doit admettre implicitement les droits de la minorité. Ces droits de la minorité, ne sont l'expression totale de ses intérêts ; elles sont un minimum nécessaire pour qu'elle accepte et reconnaisse le droit de la majorité.

La valeur de la démocratie politique consiste justement dans ce fait qu'elle empêche la tyrannie d'une classe sur une autre. La classe majoritaire des gouvernements peut dominer l'autre classe économiquement et politiquement, mais cette domination a des limites dans le fait qu'elle reconnaît politiquement l'autre classe. La majorité doit manifester sa volonté dans les limites tracées par l'armistice, et elle ne les dépassera pas par crainte de rébellion.

Le minimum des droits reconnus à la minorité sont parfois inscrits dans les constitutions ou dans la Déclaration des droits. Ce sont le plus souvent : la liberté individuelle, la liberté politique et la liberté d'opinion.

La liberté d'opinion est le droit le plus caractéristique du principe de la démocratie majoritaire. Il met en évidence l'idée, qu'en dehors de la majorité dominante, la minorité existe, a le droit d'exister comme minorité et de manifester son opinion comme telle.

La liberté politique aussi, affirme que la minorité peut avoir une volonté politique et qu'elle peut la manifester, bien que cette volonté ne soit pas celle qui détermine la volonté étatique.

On dit de la constitution qu'elle est un pacte fondamental. Peut-être qu'on n'exagère pas trop en l'appelant ainsi, si on la considère du point de vue du principe majoritaire démocratique. D'ailleurs il n'existe de véritables constitutions que dans les pays qui pratiquent le régime démocratique. En Russie bolchevique, en Italie fasciste et dans les pays non démocratiques, la constitution n'est qu'un mot ; en réalité ici elle ne se différencie en rien de n'importe quelle autre disposition par voie générale. Cela prouve que la constitution n'a de sens qu'alors qu'il y a une majorité dominante qui reconnaît certains droits à la minorité.

Le caractère de pacte de la loi constitutionnelle se vérifie par le fait, que dans certaines déclarations de droits ou constitutions, on a trouvé nécessaire d'en sanctionner la violation c'est-à-dire la rupture du pacte — par une sorte de *restitutio in integrum* qui est : *le droit à l'insurrection*. Il est une sanction qui est hors du caractère juridique parce que : du moment que d'une part, la constitution ou le droit étatique a été violé et d'une autre, la rébellion devient légitime, on est dans le champ des forces libres et non réglementées par le droit.

Il est incontestable que les classes sociales ont certains intérêts contradictoires. Mais en dehors de ces intérêts il y a des points sur lesquels un consentement unanime est possible ; sans cela la société même ne serait plus concevable. Lawrence Lowell, dans son beau livre sur l'opinion publique et le gouvernement populaire, a admirablement montré que la vie étatique est inadmissible sans l'exclu-

sion de certains irréconciliables. Le gouvernement démocratique, par exemple, ne serait possible si au moins on ne serait unanimement d'accord, que l'opinion de la majorité doit triompher. Il n'est pas nécessaire que toutes les mesures prises par les gouvernants soient unanimement approuvées, mais il est nécessaire : « Un consentement touchant le caractère légitime de l'autorité gouvernementale et son droit de décider sur les questions qui se présentent » (1).

Ainsi, en dehors des dissensions de classes et de partis, il y a des points unanimement consentis, et ce sont ordinairement les questions qui se trouvent inscrites dans les constitutions. « Le tribunal, qui en décidant d'une loi inconstitutionnelle, décide qu'elle ne rentre pas dans la catégorie des actes auxquels le peuple entier a donné son consentement », dit M. Kelsen (2).

De tous les systèmes représentatifs, le gouvernement parlementaire est celui qui assure le mieux la légalité constitutionnelle, parce qu'il est en mesure, par la représentation proportionnelle, de faire respecter les droits de la minorité et parce qu'il permet mieux que tout autre système, le contrôle constant de l'opinion publique sur les actes des gouvernants. La Démocratie sans contrôle ne peut exister. « Si elle écarte cette auto-limitation qui représente le principe de légalité elle se dissout en effet elle-même » (3).

La révision constitutionnelle est une mesure qui dépasse les pouvoirs communs de la majorité et peut amener une atteinte au droit reconnu à la minorité. C'est pour cette cause que dans les constitutions démocratiques, la révision

(1) Lawrance Lowel, *L'opinion publique et le gouvernement populaire*, p. 8.

(2) H. Kelsen, *op. cit.*, p. 87.

(3) *Ibid.*, p. 88.

ne peut être faite que par une majorité renforcée. La majorité renforcée, si elle ne représente pas l'idéal démocratique de l'unanimité, constitue de toute façon une approximation plus grande de l'idée d'auto-détermination et une concorde, sinon absolue, du moins plus grande, entre la volonté des gouvernants et celle des gouvernés (1).

Cette protection — même relative — ne peut être réalisée avec efficacité que dans le régime parlementaire. Dans le gouvernement direct ou semi-directe, la protection minoritaire ne peut être techniquement organisée. Ici toute décision majoritaire a une valeur constitutionnelle.

Il n'en est pas moins vrai que la majorité parlementaire, si elle est compacte, elle a juridiquement la possibilité d'exercer une vraie dictature sur la minorité, mais ceci ne se passe que dans des cas exceptionnels. Tout d'abord il arrive très rarement qu'une majorité parlementaire représente seulement une classe sociale parfaitement homogène comme intérêts et idéologie. La notion de classes est faite de nuances et de gradations multiples. Il faut que ces nuances se mettent d'accord, ce qui n'est pas très facile. En deuxième lieu, même si la classe qui constitue la majorité, devant un péril commun, réussit à refaire son unité, elle hésitera le plus souvent de rompre la barrière de l'ordre duquel elle tire les plus grands avantages. L'équilibre une fois rompu, la balance risque de se pencher de l'autre côté. Dans leur propre intérêt les gouvernants respecteront la constitution, et c'est pour cela que la démocratie parlementaire constitue la plus sûre organisation sociale de la légalité.

S'il y a une base philosophique de la démocratie majo-

(1) Cf. *ibid.*, p. 63 et suiv.

ritaire, celle-là doit être le scepticisme. En effet, par l'opposition à l'autocratie qui se croit détentrice de la vérité absolue, la démocratie avec le jeu de la majorité dominante et de la minorité résignée, reconnaît implicitement que, si la vérité n'est pas — pour le moment — du côté de la minorité, celle-ci n'a pas tort d'une manière absolue. Ainsi la majorité et la minorité, dans le système démocratique, sont théoriquement interchangeables.

On voit d'ici l'importance qu'a cette attitude pour l'ordre social si la règle du jeu n'est pas faussée d'un côté ou de l'autre. Sans cela la révolution sociale serait possible, dans le cadre de la démocratie parlementaire, sans troubles ni secousses comme un simple changement de cabinet. En réalité les choses ne se passent pas comme cela, parce que justement le système est souvent faussé d'un côté ou de l'autre. Quand la classe dominante croit ne plus pouvoir assurer sa domination par le jeu du système majoritaire, elle abandonne la démocratie et fait appel au coup d'Etat qui assure sa domination sans considération de majorité ou de minorité ; c'est ainsi que cela s'est passé lors du coup d'Etat fasciste que le national-socialisme allemand veut imiter. En outre, quand la minorité se voit momentanément dans l'impossibilité de devenir majorité et si, pour différents motifs, elle se trouve pressée de le devenir, elle n'a plus la patience de conquérir le pouvoir par la voie démocratique et aspire à une conquête du pouvoir par la violence d'un coup d'Etat ; c'est en cela que consiste la doctrine des partis communistes. Dans les deux cas, les droits de la minorité ne sont plus théoriquement et pratiquement reconnus, et la volonté de la classe ou de la caste dominante est la seule loi possible.

Les causes de ces recours à la dictature sont étrangères

à ce qu'on appelle « le malaise de la démocratie parlementaire ». Dans son livre sur les crises de la démocratie contemporaine, M. Barthélemy fait cette très intéressante observation que la désaffection et le scepticisme à l'égard des institutions démocratiques n'engendrent pas le corollaire logique : l'adhésion à un autre régime (1). Cela montre que, s'il existe aujourd'hui un courant favorable à la dictature — bourgeoise ou prolétarienne — celui-ci ne s'explique pas par un mouvement d'idéologie politique, mais par la crainte d'une classe ou d'une autre de voir ses intérêts trop menacés. L'extrême droite et l'extrême gauche sociale sont caractérisées par le même trait commun : une hâte exagérée et l'avidité du pouvoir.

M. J. Barthélemy fait dans son livre une pénétrante description des symptômes et des causes du malaise parlementaire. Il constate une crise dans l'esprit et une crise dans les méthodes, le personnel et l'autorité parlementaires. Il constate par exemple la prolixité contemporaine des orateurs parlementaires, l'impossibilité où se trouve le Parlement de vider par la méthode discursive sa tâche de plus en plus grande, par un personnel qui n'est pas toujours à la hauteur de sa mission. En lisant cette suggestive et très objective analyse, nous avons eu la conviction que le parlementarisme, institution relativement récente (en dehors de l'Angleterre), est en train de formation et surtout d'adaptation à sa fonction étatique qui devient de plus en plus importante, et que, bien qu'imparfait, il reste le seul instrument capable d'enregistrer les grands mouvements de la vie sociale et de les adapter à la vie juridique.

Devant le régime parlementaire, se dresse aujourd'hui

(1) Joseph Barthélemy, *La crise de la démocratie...*, p. 135.

une seule doctrine, le syndicalisme, qui réclame *la fin des personnes interposées* (1). Nous n'avons pas à nous étendre ici sur cette intéressante doctrine qui d'ailleurs n'a rien encore d'unitaire et de positif comme doctrine politique.

Le syndicalisme est un fait reconnu par ceux mêmes qui le déplorent (2). Il constitue une force sociale que l'Etat moderne ne peut ignorer. On prétend que la nouveauté du phénomène consiste dans le fait que pour la première fois entre l'Etat et les individus se dresse un tierce, l'association, chose qui nous paraît assez contestable. Il n'en est pas moins vrai que le syndicalisme n'est pas un fait négligeable.

Devant le problème, les solutions sont multiples. On peut en dégager deux tendances. La première voit en lui un ennemi contre lequel l'Etat doit lutter, devenir fort en renforçant l'exécutif pour pouvoir dominer « *la féodalité des intérêts* ». Dans cette guerre nous croyons que l'Etat sera vaincu comme il a été vaincu par les associations depuis plus d'un siècle, depuis la loi Chapellier, comme il sera vaincu chaque fois qu'il se posera à travers l'évolution naturelle des choses.

Il reste encore l'autre solution : incorporer les syndicats dans l'Etat. Mais comment ? A cette question les réponses sont nombreuses et pour la plupart assez nébuleuses. Une expérience a été faite : le syndicalisme fasciste qui a réussi à transformer les organismes utiles des syndicats, en organes

(1) H. Lagardelle, *Les sources du syndicalisme*, dans la revue *Plans*, février 1932, p. 16, et Henri de Jouvenel, *Pourquoi je suis syndicaliste*, Paris, 1926.

(2) Cf. Ed. d'Eichtal, *L'Etat et les collectivités organisées*, dans *Revue des Sciences politiques*, octobre-décembre 1931.

bureaucratiques, décoratifs, mais totalement inoffensifs et inutiles.

Nous croyons que le problème de l'incorporation dans l'Etat de la vie syndicale est du moins prématuré. Peut-être cette incorporation ne tardera pas à se réaliser, mais ce sera le produit nécessaire de l'automatisme de la vie sociale même, toute intervention artificielle pouvant être nuisible et pour l'Etat et pour les associations.

11. — *Le contrôle juridictionnel des actes du pouvoir.*

La démocratie, du moins telle qu'elle existe dans la société actuelle, c'est-à-dire une démocratie qui suppose l'existence de classes sociales différentes, avec une majorité dominante et une minorité protégée, ne peut être conçue qu'avec un contrôle réciproque et perpétuel des actes du pouvoir.

La différence entre la démocratie et les autres régimes consiste en ce que dans la démocratie, la domination de ceux qui sont plus forts politiquement, sur ceux qui sont plus faibles, s'exercent d'après certaines normes, qui sont juridiquement déterminées et organisées.

La minorité accepte la domination de la majorité, mais cette domination n'est supportable que si elle s'exerce régulièrement (1). Il faut que tous les actes du pouvoir soient en conformité avec la règle de droit supérieure inscrite dans la constitution, garantie fondamentale de la protection minoritaire et en même temps limite de la domination majoritaire. Si le pouvoir excède cette limite ou

(1) Cf. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la constitution*, dans *Revue du droit public*, 1928, p. 197.

méprise cette protection, il est virtuellement sorti du principe démocratique et s'est engagé dans la dictature.

C'est pour ce motif, comme l'a remarqué un auteur, que « le droit constitutionnel parle la langue de la démocratie » (1). Cela ne signifie pas seulement que la constitution règle la forme de l'Etat, mais qu'elle est la source première de droit formel et que tous les actes étatiques, depuis la législation jusqu'à l'acte administratif d'exécution matérielle, doivent être une application et une reproduction de ce droit premier. Ainsi, la loi ordinaire, pour être régulière, doit être conçue comme un acte d'application et de reproduction de la loi constitutionnelle, le règlement, un acte d'application et de reproduction de la loi ordinaire et ainsi de suite jusqu'à l'acte administratif de l'exécution matérielle qui, pour avoir une valeur juridique, doit être fait conformément aux lois et aux règlements. Il se trouve donc que les actes étatiques, dans la démocratie constitutionnelle, sont groupés en une sorte de cascade suivant laquelle chacun constitue la reproduction et l'application d'un acte d'un degré supérieur et, en même temps, une source de création de droit formel pour les actes d'un degré inférieur. C'est ce que nous avons montré plus haut (n° 8) et que les auteurs allemands appellent *Stufentheorie* et d'après laquelle le droit se limite et se concrétise progressivement par son application (2).

Dans une parfaite logique juridique, chaque acte étatique qui ne remplit pas ces conditions, doit être conçu comme hors du cadre de la légalité et considéré comme nul

(1) Mirkiné Guetzevitz, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, p. 115.

(2) Kelsen, *op. cit.*, p. 201 et *Allgemeine Staatslehre*, p. 231 et suiv., p. 248 et suiv.

de plein droit, parce que la nullité est la sanction la plus directe du principe de légalité. En fait, les choses ne peuvent se passer ainsi que pour les actes des particuliers et non pour les actes publics. Ceux-ci sont déclarés valables, tant que l'autorité qui les a faits, ou une autre, ne déclare formellement leur nullité.

Au principe de l'annulabilité des actes étatiques, non conformes à une règle de droit supérieure, on est arrivé tard. Même dans les vieilles démocraties, comme l'Angleterre, il est insuffisamment organisé. Même là où on y a abouti, l'évolution est passée par le détour de la responsabilité qui est une conséquence indirecte de l'acte entaché d'illégalité. A la fin du siècle passé, les juristes anglais étaient très fiers de leur système de contrôle juridictionnel des actes du pouvoir, système qui en réalité était assez simpliste et insuffisant. Il consistait en une stricte observation du principe de l'égalité juridique, c'est-à-dire celui qu'aucune différence ne doit exister entre les citoyens, en ce qui concerne l'application de la loi, depuis le premier ministre jusqu'au dernier citoyen britannique. La seule garantie de l'arbitraire du pouvoir n'était que la possibilité d'une poursuite contre les agents du pouvoir pris individuellement, sans la possibilité de réclamer ni l'annulation de l'acte illégal, ni la responsabilité de l'autorité administrative. On ne faisait aucune distinction entre l'acte juridique d'un particulier dans la vie courante et l'acte du fonctionnaire dans l'exercice de sa fonction. Dicey même, ne comprenait pas encore la subtile distinction qui se dessinait dans le droit administratif français entre le fait du service et le fait personnel (1). Mais, poussé par le besoin d'un contrôle plus

(1) Dicey, *op. cit.*, p. 174 et 307.

serré de l'exécutif — en dehors du contrôle parlementaire, — le droit anglais a commencé à connaître la responsabilité des autorités administratives et même le recours en annulation pour certains actes illégaux du pouvoir.

Aux Etats-Unis se dessine la même évolution du droit vers le contrôle juridictionnel des actes du pouvoir exécutif, bien que celui-ci soit hautement considéré. En effet, jusqu'à ces derniers temps on constatait en Amérique cette anomalie consistant dans l'existence d'une organisation du contrôle des actes législatifs du Parlement — la constitutionnalité des lois — alors qu'il n'existait aucune institution chargée du contrôle de la légalité des actes de l'administration. Même aujourd'hui, aux Etats-Unis, le contrôle s'arrête devant les dispositions contenues dans de nombreuses lois, qui accordent à certains fonctionnaires, même de moindre importance, des pouvoirs discrétionnaires qui restent en dehors de toute possibilité de contrôle, parce que la notion de détournement des pouvoirs n'y existe pas.

Dans tous les pays démocratiques, on a compris, avec le temps que le régime de légalité ne peut être suffisamment contrôlé par le seul régime parlementaire, le suffrage universel et l'opinion publique. Un système de contrôle juridictionnel plus ou moins complet s'est imposé, suivant le degré d'évolution du régime démocratique et suivant la nécessité spéciale où s'est trouvée certaine catégorie de citoyens de se mettre à l'abri de l'arbitraire.

Nulle part, mieux qu'en France, on n'a trouvé un moyen empirique et rationnel à la fois, pour sanctionner plus efficacement l'illégalité des actes du pouvoir. Mais

(1) Goodenow, p. 487.

l'évolution s'est arrêtée jusqu'à ce jour au seul contrôle des actes du pouvoir sous la forme administrative.

L'institution perfectionnée et subtile du contentieux administratif français, tel qu'il s'est développé depuis le commencement du *xix^e* siècle jusqu'à nos jours, est un exemple évident de l'éclosion des normes juridiques à côté et même à défaut des textes du droit positif. En effet, l'institution du Conseil d'Etat, tribunal de droit commun en matière administrative, est sortie, peu à peu, des textes de l'époque révolutionnaire, qui semblaient plutôt destinés à empêcher le contrôle judiciaire, que de le faciliter. La loi du 22 décembre 1789, section 3, article 7, déclarait que les administrateurs ne peuvent être troublés, dans l'exercice de leurs fonctions administratives, par aucun acte du pouvoir judiciaire ; la loi du 16-24 août 1790, titre II, article 13, interdisait aux juges, « sous peine de forfaiture » de citer devant eux les administrateurs en raison de leurs fonctions ; la constitution de 1791, titre III, chapitre V, article 3, défendait aux tribunaux de « s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ou « entreprendre » sur les fonctions administratives. Les litiges, soustraits par ces lois à la compétence des juges, étaient portés par la loi du 7-14 octobre 1790, devant les administrateurs mêmes, et les réclamations d'incompétence devant le roi, chef de l'administration générale.

C'était le système de la justice retenue qui persiste sous le Directoire et sous le Consulat. Mais, peu à peu, le conseil des juriconsultes, destinés à éclairer les administrateurs actifs dans la résolution des litiges, s'affirme comme indispensable. D'abord les décisions données par l'administration en cette matière sont motivées, ce qui est quelque chose, puis les administrateurs actifs sont écartés du

Conseil et les avocats y sont admis, ce qui est beaucoup. La loi de 1849 confirme formellement la valeur de la décision du Conseil des juriconsultes, mais un décret de 1859 la leur retire. Ce n'est qu'en 1872, par la loi du 24 mai, que la juridiction du Conseil d'Etat cesse d'être une justice retenue, parce que cette loi donne au Conseil le pouvoir de décider lui-même sur les litiges à lui déférés.

Le Conseil d'Etat a eu la sagesse de permettre et favoriser l'éclosion des deux meilleurs instruments, que connut jusqu'à ce jour la science juridique, destinés à permettre aux particuliers de mener une lutte légale contre les illégalités du pouvoir. Ce sont : 1^o le recours en responsabilité du pouvoir comme tel, et 2^o le recours en annulation des actes du pouvoir non conformes à la loi.

Dans le cas du recours de plein juridiction, le Conseil d'Etat a dû lutter contre le principe — survivance de l'ancien régime — de l'irresponsabilité du pouvoir étatique. En effet, la responsabilité de l'Etat a été construite depuis l'arrêt Blanco sans s'appuyer sur aucun texte, parce que l'article 1382 du Code civil concerne seulement la responsabilité des particuliers. Même aujourd'hui la responsabilité du pouvoir n'est fondée que sur le principe de l'équité, mais elle est tout aussi constante dans la jurisprudence administrative française que s'il en existait un texte (1).

Parmi les recours à fin d'annulation, *le recours pour excès de pouvoir* a pris une importance considérable par l'ingéniosité de sa technique et son utilité pratique. Il est une

(1) Cf. D. H., 1925, p. 351, Colas, *Rec.*, 1920, p. 532, Cuiteas, *Revue du droit public*, 1924, p. 209, *Compagnie du Nord, d'Orléans*, etc., *Rec.*, 1907, p. 919, etc.

pure création prétorienne. L'absence de codification en matière a permis son éclosion et son perpétuel perfectionnement. Il a pris naissance presque sans texte. Quand en 1830, on a voulu lui découvrir un fondement législatif, on n'a pas trouvé autre chose qu'une loi de circonstance du 7-14 octobre 1790, qui donnait à l'attribution du roi la connaissance des litiges sur la question de compétence. La loi du 24 mai 1872 ne fait que confirmer son existence qui durait déjà depuis plus d'un demi-siècle (1). En quoi consiste aujourd'hui l'originalité de ce recours toujours en mouvement d'adaptation aux besoins de la réalité juridique? Il donne la possibilité à tout citoyen, muni, non d'un droit, mais d'un simple intérêt, de demander l'annulation d'un acte administratif illégalement fait. Cet acte peut consister en un règlement donné par le Président de la République, ou une simple décision exécutive, d'un administrateur.

Dans le premier stade de son évolution, le recours pour excès de pouvoir n'était recevable que pour incompétence, pour vice de forme et violation de la loi. Il restait incontrôlables *les actes discrétionnaires*, c'est-à-dire les actes, qui tout en ayant l'aspect de la légalité formelle, pouvaient constituer une violation de droit. C'était les actes qui requerraient la liberté entière d'appréciation de l'administration. Le Conseil d'Etat, depuis 1860, a trouvé le moyen de contrôler la légalité réelle de ces actes par le motif de *détournement de pouvoirs*, ce qui est défini dans le cas, quand un agent administratif use de ses pouvoirs, en se conformant strictement à la lettre de la loi, mais en pour-

(1) Mestre, *Cours de droit administratif pour le doctorat (Contentieux)* de 1929-1930.

suivant en réalité un but autre que celui en vue duquel ces pouvoirs lui ont été accordés (1).

La théorie du détournement de pouvoir semble destinée à jouer un rôle considérable dans la technique du droit public, surtout quand son application sera généralisée. parce qu'elle a pour but de contrôler l'égoïsme de l'homme et spécialement du gouvernant et du fonctionnaire public qui a un penchant naturel à exercer la compétence dont il est investi, non dans l'intérêt exclusif du service public, mais dans un but conforme à son intérêt personnel ou politique (2).

Par le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir, se réalise techniquement ce que Ihering envisageait sous le nom de *lutte pour le droit*, c'est-à-dire la lutte égoïste de l'individu pour la réalisation de son droit subjectif, qui concorde avec l'intérêt général du respect du droit. Dans le recours pour excès de pouvoir, le triomphe du requérant dans sa demande en annulation fait profiter tout le monde de la rentrée en légalité, parce que la décision d'annulation a effet *erga omnes*. Il viendra, peut-être, un jour où le progrès de la technique juridique réussira à faire appliquer ces théories à tous les actes du pouvoir et même aux actes législatifs.

Une curiosité du système français — peut-être même un illogisme — consiste dans le contrôle judiciaire des règlements. Tandis qu'un tribunal — le Conseil d'Etat — a le pouvoir de scruter la légalité du règlement et de déclarer

(1) *Renout*, Cons. d'Etat, 18 mars 1927 ; *Trotin*, Cons. d'Etat, décembre 1900 ; *Mangras*, Cons. d'Etat, 16 novembre 1900, *Rec.*, 1900, p. 617.

(2) G. Jèze, *Principes généraux de droit administratif*, t. III Giard, Paris, 1926, p. 75 et suiv. et 210 et suiv.

son annulation, les tribunaux judiciaires sont obligés d'appliquer les règlements, même illégaux, sauf dans le cas prévu par l'article 471, alinéa 15 du Code pénal qui permet l'*exception d'illégalité* et seulement s'il s'agit des règlements de police.

Une autre caractéristique de l'évolution du droit français en cette matière est qu'il n'a pas encore réussi à créer une organisation capable de confronter juridiquement la loi à la constitution. Chaque fois que la tentative a été faite, les instances judiciaires se sont dérochées et, si elles ont admis la notion d'inconstitutionnalité des règlements, elles ont refusé celle de l'inconstitutionnalité de la loi, même par voie d'exception.

Cependant cet illogisme est plutôt apparent et en tout cas explicable pour deux motifs : tout d'abord par la survivance de l'idée de souveraineté. La loi est encore sacrée, parce que expression de la volonté générale souveraine. Les tribunaux ont hésité d'y toucher ouvertement au moyen de l'exception ou d'annulation.

Secondement, on n'a pas trop senti la nécessité de cette institution en France. Ici, depuis 1875, l'état de l'équilibre social est beaucoup plus stable qu'ailleurs. La majorité n'a pas trop grand intérêt d'opprimer la minorité par sa domination parlementaire. Les luttes des classes sont moins aiguës que dans d'autres pays ; une minorité nationale n'existe pas, une minorité religieuse non plus. Les principes fondamentaux de la constitution deviennent un point commun, plutôt pour les partis politiques que pour les vraies minorités sociales et les luttes des partis, étant moins graves, ressemblent plutôt à un jeu qu'à une guerre. Entre les partis les choses s'arrangent plus facilement, parce qu'entre eux il existe moins d'irréconciliables

et puis parce qu'ils sont plus facilement interchangeables comme majorité et minorité que la majorité et la minorité sociales de classes, de nationalité ou de religion. Ainsi la constitution en France est moins souvent violée par la majorité. La raison en est qu'elle n'a pas grand intérêt à cette violation et même, si elle en a un, l'avantage qu'elle pourrait en tirer serait moindre que les inconvénients entraînés par la réaction sociale que cette violation provoquera nécessairement.

Dans ces conditions, il est très compréhensible pourquoi l'institution du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois n'est pas apparue en France. Si la doctrine juridique la réclame, c'est plutôt par un impérieux besoin de symétrie, explicable chez les juristes, que par une véritable nécessité d'ordre social.

En Angleterre aussi, le contrôle juridictionnel de la loi n'est pas organisé, parce que cette nécessité ne s'est pas fait sentir. Un concours de circonstances historiques, politiques et juridiques ont écarté cette nécessité parce que, en fait, les règles constitutionnelles de l'Angleterre ne sont jamais violées par le Parlement. D'abord la frontière, entre les règles constitutionnelles et la loi ordinaire, n'est pas si bien tracée. C'est une erreur de croire que l'Angleterre n'a pas de constitution, parce que celle-ci n'est pas codifiée. Les règles constitutionnelles britanniques consistent dans un corps de lois fixes et un ensemble de *conventions* qui forment la morale politique anglaise (1). En vertu de ces normes, le véritable souverain politique c'est le corps électoral ; le souverain législatif qu'est le Parlement, ne garde cette qualité que s'il existe une harmonie constante

(1) Dicey, *op. cit.*, p. 321 et suiv.

entre son activité et les aspirations du corps électoral. La plus sûre garantie de la conformité des actes parlementaires avec les préceptes constitutionnels c'est la force de l'opinion publique qui, par un délicat mécanisme spécifique pour l'Angleterre, agit constamment sur l'action du Parlement (1).

L'opinion publique en Angleterre n'oscille pas entre les extrêmes. Entre la majorité et la minorité, il existe bien sûr des contraires, mais non des irréconciliables. Au commencement du siècle passé, l'opinion publique en Angleterre n'était que le miroir qui reflétait la lutte entre « la manufacture et le manoir » ; les deux champs adverses se succédaient au pouvoir et s'aidaient réciproquement, en faisant alterner des lois favorables à l'un et à l'autre (2). Aujourd'hui la lutte des classes se donne d'après les règles parlementaires et l'opposition socialiste du parti travailliste s'intitule l'opposition de Sa Majesté le Roi.

Dicey était d'avis qu'en Angleterre une révolution peut se faire sans sortir du cadre de la constitutionnalité, du moment que les révolutionnaires se sentent soutenus par la majorité de la nation (3). Ainsi s'explique pourquoi les juristes anglais ne réclament pas l'institution du contrôle des actes législatifs, ou se prononcent, comme fait par exemple M. Lasky, catégoriquement contre lui (4).

* * *

(1) *Ibid.*, 344.

(2) E. Boutmy, *Le développement de la Constitution et de la Société politique en Angleterre*, Paris, Plon-Nourri, 1887, p. 3221 et suiv.

(3) Dicey, *ibid.*, p. 351.

(4) H. Lasky, *A grammar of politics*, p. 302 et suiv.

L'institution du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois semble avoir été imposée par l'état de méfiance de la minorité envers la majorité. Quelquefois elle a été offerte par la majorité pour rassurer la minorité, autrefois elle a été imposée par la minorité à la majorité, pour la forcer, par cette voie, de se maintenir dans la limite constitutionnelle. Elle est toujours une manifestation de la démocratie majoritaire ou, tout au plus, une tendance de la réaliser.

Il y a plusieurs catégories d'Etats démocratiques qui ont senti le besoin d'organiser le contrôle juridictionnel de la loi : d'une part les Etats qui possèdent une importante minorité nationale et d'autre part, les Etats composés, où la minorité politique des Etats membres, doit être protégée à l'égard du pouvoir de l'Etat central. En outre, il y a des Etats à démocratie récente, où l'éducation politique de la nation n'était pas arrivée à assurer une garantie suffisante des droits de la minorité sociale en face de l'oppression législative de la majorité politique, cette garantie doit nécessairement être organisée par une institution juridictionnelle.

Les Etats-Unis sont le pays classique du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Il est intéressant de remarquer qu'il n'y a pas un texte précis de la constitution fédérale américaine qui dispose et organise ce contrôle. Il est plutôt une création jurisprudentielle de la Cour suprême fédérale et les tribunaux des Etats. Ceux-ci se sont emparés du texte prévu par le chapitre III, section II, n° 1, de la constitution fédérale, d'après lequel les tribunaux fédéraux connaissent tous les cas qui naîtront dans la constitution (1).

(1) Cf. Ed. Lambert, *Le gouvernement des juges aux Etats-Unis*, p. 31.

Un autre Etat composé est la *Suisse*. Ici le Tribunal fédéral a le droit d'annuler *erga omnes*, les actes administratifs et législatifs du pouvoir de cantons qui seraient en opposition avec la constitution fédérale ou avec les constitutions cantonales (art. 113 de la Const. de 1874). Il semble donc qu'en Suisse le phénomène est inverse et que par le contrôle de la constitutionnalité, c'est l'Etat central qui veut s'assurer de la fidélité constitutionnelle des Etats membres. Cela a l'air que la majorité veut se garantir contre la minorité, mais en réalité le contrôle constitutionnel a ici pour but, d'assurer avec le principe de super-légalité, l'unité de l'Etat fédéral.

L'*Autriche* est un Etat composé dont les parties sont dissemblables, non tant au point de vue national, qu'au point de vue politique et social. Ici la constitution de 1920 a dû organiser une Cour suprême de justice constitutionnelle, dont le but est l'annulation pour inconstitutionnalité des actes de l'organe législatif, afin de réaliser le respect de l'équilibre fédéral. L'action en annulation est mise en mouvement, non par les recours des particuliers, mais seulement à la requête des Chambres ou des Cours suprêmes du pays. Les membres du tribunal constitutionnel étaient élus, selon la constitution de 1920, par les Chambres, dont ils sont devenus avec le temps un instrument politique, de sorte qu'une réforme en cette matière s'est imposée. Celle-ci fut réalisée par la modification constitutionnelle du 7 décembre 1929, en vertu de laquelle une partie des membres sont nommés par le Président de la Confédération autrichienne.

La *Tchécoslovaquie* n'est pas un Etat composé, mais elle a une proportion considérable de minorités nationales : trois millions cent vingt-trois mille allemands et sept cent

quarante-six mille magyars. La Constitution du 29 février 1920 a eu soin d'assurer la protection de ces minorités nationales dans le cadre du nouvel Etat, non seulement par une représentation proportionnelle dans le Parlement, mais par une garantie de la constitutionnalité des actes de ce Parlement. Un tribunal, dont les membres sont nommés en partie par les Chambres, a la compétence de prononcer l'annulation des lois non constitutionnelles à la requête des Chambres et des deux Cours suprêmes, la Cour de cassation et la Haute Cour administrative. Cette institution a beaucoup contribué à une collaboration loyale des minorités nationales dans la démocratie tchécoslovaque (1).

La Norvège est un pays démocratique où la jurisprudence a admis l'exception d'inconstitutionnalité, comme conséquence logique de la subordination des lois.

La Grèce et la Roumanie sont des Etats à forme démocratique, mais où la démocratie est encore loin d'être une réalité. Dans ces deux pays, l'exception d'illégalité a été admise par les tribunaux comme correctif aux pouvoirs illimités des Parlements et des Gouvernements. Les constitutions ultérieures (Roumanie, 28 mars 1923, et Grèce, 2 juin 1927), n'ont fait que confirmer la nécessité constatée par la jurisprudence. En Roumanie, les choses se compliquent par le fait que le contrôle juridictionnel est réclamé aussi, par l'existence des minorités nationales, envers lesquelles les gouvernants ont toujours manifesté l'intention de leur assurer une protection.

Au *Mexique* nous constatons le même phénomène, car la

(1) Mirkine Guetzevitz, et And. Thibal, *La Tchécoslovaquie*, Delagrave, Paris, 1929, p. 23, 32 et suiv.

procédure d'*Amparo*, destinée à annuler les actes du pouvoir central pour inconstitutionnalité, est organisée d'après la constitution fédérale mexicaine le 12 février 1857 et la loi organique de 1897, pour une double protection : 1^o la protection de l'individu, et 2^o la protection des compétences des Etats membres contre les compétences de l'Etat fédéral et inversement.

L'organisation du contrôle de la constitutionnalité des actes du pouvoir par un organe jurisprudentiel est une institution très difficile à réaliser du point de vue technique, comme toute institution démocratique qui n'a pas encore eu le temps d'être consolidée. Les résultats donnés par cette institution sont médiocres ou partiels. Une des plus grandes difficultés, mais non point la seule, consiste à trouver des juges qui soient à la fois compétents et indépendants. Comment seront-ils investis ? Par nomination gouvernementale ou par élection populaire ? L'un et l'autre des systèmes est aussi dangereux. Pourtant quelques exemples en cette matière, comme les juges de la Haute cour fédérale des Etats-Unis et ceux du Conseil d'Etat français, nous donnent la possibilité d'être assez optimiste.

TITRE II

La Nécessité inorganisée.

CHAPITRE PREMIER

L'Alégalisme.

12. — *La dictature de parti et de classe.*

Dans son beau livre sur les démocraties modernes, Bryce trouvait que l'esprit moderne ne peut pas comprendre, comment il se fait que nos ancêtres ne se soient pas aperçus, quand ils ont commencé à se préoccuper du système de gouvernement, qu'il est presque impossible de trouver un homme, auquel on puisse confier un pouvoir irresponsable, et qu'ils n'aient pas compris, somme toute, que « les hommes connaissent infiniment mieux leurs propres besoins que ne sauraient le faire leurs dirigeants », et ailleurs il cite Aristote qui disait que « même *Demos*, s'il est souverain unique, *Demos* devient tyran ». Cette incompréhension devient plus profonde devant le phénomène indéniable de la tendance que manifestent certains de nos contemporains vers le pouvoir irresponsable qu'est la dictature.

La dictature dans le sens moderne, c'est le pouvoir illimité et irresponsable qu'assume dans l'Etat, à un certain moment, une personne soutenue par une minorité, au mépris de toutes les libertés publiques. L'avènement de la dicta-

ture n'est peut-être conçu que comme succédant à un régime de liberté. L'ancien régime n'a pas connu la dictature parce qu'il n'a pas connu la liberté.

Dans le monde antique, qui connaissait les libertés publiques, la notion de la dictature avait un sens tout différent de ce qu'on comprend aujourd'hui par ce mot. C'était une institution dans le cadre du système juridique de l'Etat, avec un caractère exceptionnel et passager ; elle était réglementée et ne constituait ni une illégalité ni un alégalisme. La Grèce antique a connu la tyrannie qui était un alégalisme, mais elle avait en même temps l'institution de la dictature légale. *Aestymnétie* qui était une tyrannie légale, instituée par l'élection pour les cas de crises et dont la nécessité n'était pas appréciée par celui qu'on investissait. Les Romains ont connu la dictature pour les cas de crises, successivement par *lex de dictatore creando* et le *senatus consultus ultimum*, mais ces dictatures n'étaient que l'organisation préalable de nécessités d'ordre politique, comme la guerre, et d'ordre social, comme la lutte des classes. Si on pouvait les comparer avec les institutions de notre droit contemporain, les dictatures ressembleraient plutôt à la situation créée par les lois de l'état de siège ou les lois de pleins pouvoirs, pouvoirs abnormes des gouvernants pour les cas exceptionnels, mais non moins légaux, qu'à ce qu'on entend aujourd'hui par la dictature, pouvoir sortant du cadre du droit public.

L'investiture de la dictature antique se faisait paisiblement, par les moyens légaux, tandis que la dictature moderne suppose la violence. L'entrée dans l'alégalisme se fait par l'illégalité. La violence est dans la logique de la dictature moderne. M. Aulard observait que de tous les hommes de la Révolution, Marat était le seul apôtre de la

violence, et, logique avec soi-même, il était le seul qui réclamait la dictature (1).

La dictature moderne n'a rien de commun avec la monarchie de l'ancien régime. La monarchie, même celle qu'on a appelée la monarchie absolue, et qui ne diffère pas par sa structure juridique de la monarchie tempérée, était un pouvoir légitime reconnu unanimement à une personne : le monarque. Montesquieu, faisant la distinction entre la monarchie et le despotisme, remarque que le gouvernement monarchique est celui ou un seul gouverne par des lois fixes, établies, tandis que dans le gouvernement despotique, un seul gouverne sans lois, sans règles, entraîne tout par sa volonté et par ses caprices (2). En effet, la monarchie, même absolue, était limitée par les lois fondamentales que même Louis XIV, tout en disant l'Etat c'est moi, respectait. Ces lois fondamentales formaient une constitution dont les principaux éléments étaient : la règle de la légitimité pour la succession au trône, l'indépendance, l'unité et la perpétuité du royaume, l'inaliénabilité du domaine public et la liberté de l'Eglise gallicane. On ne voyait pas seulement dans le roi le détenteur du pouvoir, mais une personne grévée par la loi d'une mission publique et sociale indispensable (3).

Ce qui intéressait surtout le peuple concernant le monarque de l'Ancien Régime, c'était le caractère de légitimité de son pouvoir. Du moment que son pouvoir était légitime, tous ses actes étaient légaux. Le sujet acceptait

(1) Aulard, *La théorie de la violence et la Révolution française*, discours au Congrès des Sociétés Savantes, *J. off.*, 7 avril 1923, p. 3518.

(2) Montesquieu, *Esprit des lois*, l. II, chap. I, § 2.

(3) Declareuil, *Histoire du droit français*, Sirey, 1925, p. 443.

d'être gouverné par le roi, pourvu que l'investiture en fût légale, parce que cette investiture était d'origine divine et n'admettait ni le doute ni le contrôle. « Le droit du roi et celui du peuple s'accordaient très bien en silence » tant que le mystère du sacre garda son effet.

Mais depuis le ^{xvii}e siècle « *le peuple entra dans le sanctuaire* » (1). Il commence à scruter le pouvoir, veut y prendre part. Il ne se contente pas de la légitimité de l'investiture, mais veut que le pouvoir soit limité par sa volonté. C'est le commencement de l'ère de la liberté. La dictature ne signifie pas seulement l'illégalité de l'investiture du pouvoir, mais aussi son exercice avec le mépris de cette volonté ; son existence suppose la perpétuelle transgression de cette règle de droit normative qui s'est dégagée dans la société civilisée depuis la grande Révolution, et qui impose que le pouvoir politique des gouvernants ne peut s'instituer totalement à l'encontre de la volonté des gouvernés. La dictature, par le fait qu'elle est la négation de la légalité, ne veut pas dire qu'elle signifie l'anarchie. L'anarchic, c'est une assemblée d'êtres humains qui n'est régie par aucune norme de droit. Une collectivité soumise au régime de la dictature constitue un Etat régi par des normes juridiques, mais ces normes ne sont respectées que tant qu'elles ne s'opposent pas au maintien du pouvoir du dictateur. Le but du pouvoir de celui-ci est de durer. Tant que la norme s'oppose à ce but, elle sera écartée par la violence.

(1) « Le peuple entra dans le sanctuaire : il leva le voile qui doit toujours couvrir tout ce que l'on peut dire, tout ce que l'on peut croire du droit des peuples et de celui des rois qui ne s'accordent jamais si bien ensemble que dans le silence ». Cardinal de Retz, *Mémoires*, 2^e partie, ch. 3.

L'Etat de droit signifie la responsabilité du pouvoir organisée. Cette organisation n'est concevable qu'avec des limites, fixées au pouvoir, qui sont établies dans la constitution ; or, la dictature est inconcevable avec des limites et ne peut admettre une constitution. Ainsi le premier soin des dictateurs, quand ils ont vu leur pouvoir consolidé, fût d'en écarter l'application de la constitution ou d'en confectionner une qui n'a de la constitution que le nom.

Le dictateur ne tire pas sa force de l'investiture divine comme le roi, il ne s'impose pas à l'obéissance en vertu du mystère du sacre parce qu'il est par définition un usurpateur. Pour disposer de la force nécessaire à son gouvernement, il a besoin absolument de la force que lui donne le soutien d'une classe ou d'un parti, seule force organisée dans le pays à un certain moment.

Derrière le dictateur se cache toujours un intérêt de classe, de parti, ou de caste, le plus souvent la caste militaire qui dispose de la force matérielle. Pour que le dictateur maintienne sa force il est absolument nécessaire qu'il assure à sa classe, ou à son parti, ou à la caste qui le soutient des privilèges plus ou moins considérables. Il ne sera maintenu que tant qu'il pourra le faire. Ainsi, toutes les règles de droit, comme par exemple le principe de l'égalité juridique des citoyens devant la loi, qui s'opposerait au maintien des privilèges de caste, sera violé plus ou moins ouvertement. Donc, toute règle juridique sera appliquée ou non, non selon son impératif plus ou moins manifeste, mais selon le fait qu'elle est ou non en contradiction avec le maintien au pouvoir du dictateur et les privilèges de la caste qui le soutient, car aucune logique humaine ne peut admettre qu'un dictateur poursuive ou permette l'application d'une règle qui irait à l'encontre de sa puissance.

D'ici l'incertitude qui règne dans les pays de dictature en ce qui concerne surtout les règles du droit public, c'est-à-dire les règles qui touchent le pouvoir. L'alégalisme de la dictature se manifeste donc non seulement quant à la propre personne du dictateur, mais à la caste qui le soutient. Ainsi les juristes ont raison de dire que le droit constitutionnel parle la langue démocratique, parce qu'en dehors de la démocratie, dans le monde contemporain, il n'y a pas de règles fixes de droit public, parce qu'il n'y a pas de constitution.

* * *

Entre la doctrine démocratique et la doctrine dictatoriale il y a un seul point sur lequel elles sont d'accord : c'est que d'après les deux doctrines *les meilleurs* doivent conduire. Mais, tandis que dans la démocratie la sélection de ces meilleurs se fait d'après une méthode, bonne ou mauvaise, mais enfin une méthode qui a comme fondement l'élection, la dictature étend sur ce problème primordial de politique, le voile de la confusion ou, quand elle réussit à alléguer quelque chose, elle revient à un mysticisme périmé, semblable à la notion d'investiture du droit divin (1).

Devant cet anachronisme doctrinal, on est en droit de se demander comment s'explique une certaine tendance actuelle favorable à la dictature. A notre avis, ce phénomène s'explique par l'état de continuelles nécessités,

(1) Kelsen, *La démocratie...*, p. 100 et suiv., et Lasky, *A grammar of politics*, p. 17 : — D'après M. Lasky, l'administration de l'Etat moderne est une machine délicate, et réduit le nombre de ceux qui savent s'en servir. Le rôle de la démocratie, à son avis, consiste justement « à trouver les hommes, les plus aptes à se servir de ce mécanisme, comme le problème monarchique est de trouver une race de rois capables à bien servir l'Etat ».

incertitudes et troubles, par lesquels passe la vie sociale d'après guerre, et la confusion, qui se fait dans les esprits, d'après laquelle la dictature signifie gouvernement fort. Ce que les hommes rêvent, en désirant la dictature, c'est leur tranquillité et la certitude d'être à l'abri des transformations violentes. Et c'est une erreur profonde, car on pourrait ici utiliser l'expression que Jaurès employa en d'autres circonstances : la dictature recèle la révolte, c omme le nuage contient la foudre.

M. Kelsen a tracé dans un langage freudien la différence psychologique entre la démocratie et la dictature dans leur état politique : « alors que la mécanique des institutions démocratiques tend directement à évoquer les sentiments politiques de la masse au-dessus du seuil de la conscience sociale, pour les y faire agir et réagir, dans l'autocratie, au contraire, l'équilibre politique repose sur leur refoulement dans une sphère que l'on pourrait comparer à l'inconscient de l'individu. D'où résulte tout naturellement, si l'on veut faire l'application de la théorie du refoulement de la psychologie contemporaine, une disposition renforcée pour la révolution ». Et M. Kelsen en déduit que dans la démocratie, l'obéissance aux lois a d'autres sources psychiques que sous la dictature (1).

Le gouvernement de la dictature n'a de la force que l'apparence. L'ordre dans l'Etat dictatorial est un ordre factice qui ne dure qu'autant que s'exerce la violence. Même si cet ordre se maintient quelquefois sans avoir besoin d'un recours constant à la violence et même s'il se maintient grâce au prestige dont a réussi à s'entourer la personne du dictateur, l'ordre cesse avec la disparition de

(1) *Ibid.*, p. 76.

ce dernier ou avec la moindre atteinte à son prestige. Il est donc nécessaire que le dictateur ait le soin continuuel de maintenir un appareil qui garde et renouvelle toujours ce prestige, pour ne pas avoir besoin de recourir constamment à la violence matérielle.

* * *

Le prétexte doctrinaire des dictatures, c'est *l'état de nécessité*. Tous les dictateurs au moment de leur installation au pouvoir l'invoquent, mais après quelque temps de pouvoir provisoire le régime tend vers la permanence, en vertu de la loi naturelle qui dit que celui qui a le pouvoir ne le cède que par la contrainte.

A notre avis, il n'y a rien de plus incompatible que la notion de dictature avec la notion d'état de nécessité. En effet, par l'état de nécessité, on comprend couramment une situation exceptionnelle politique ou sociale qui mette en péril l'existence de l'Etat même. Le rôle du gouvernement en cette occurrence est excessivement délicat ; il doit prendre des mesures strictement nécessaires en conformité avec le but de l'Etat et juste autant que la nécessité impose. Jamais peut-être le besoin de contrôle sur les actes du pouvoir ne se fait sentir d'avantage que dans ces occasions. Or le gouvernement dictatorial a deux défauts congénitaux qui s'opposent à ces fins : Par définition il est tout d'abord opposé à toute notion de contrôle, secondement en tant que gouvernement personnel ou plutôt en tant que gouvernement qui est l'expression exclusive d'une classe ou d'une caste, il est tout naturel qu'il confonde totalement les buts de l'Etat avec les buts de la caste qu'il représente. S'il fait des concessions à la classe opprimée, il ne le fait que dans

la mesure des menaces d'une réaction violente et seulement dans le but de conserver le pouvoir. L'expérience constante montre que la dictature a toujours exploité les périls et les nécessités de l'Etat pour renforcer son pouvoir ; ainsi quand ces nécessités et ces menaces n'existent pas, il arrive que la dictature les invente et les entretient.

* * *

La dictature quand elle a une doctrine — et depuis quelque temps on constate l'éclosion de doctrines dictatoriales — celle-ci se caractérise par l'*absolu* de son contenu : la dictature a son but en elle-même ; comme système politique, elle constitue l'idéal qui est déjà réalisé (1). Elle est donc insusceptible de perfectionnement. La démocratie au contraire n'est jamais complètement réalisée ; elle est un idéal vers lequel s'achemine tout gouvernement populaire depuis ses tendances premières jusqu'aux phases les plus perfectionnées. Entre les diverses formes démocratiques il n'y a qu'une différence de degrés sur l'échelle de perfectionnement. La dictature en est une ; il n'y a pas de degrés dans la réalisation de la vraie dictature. Les différences entre les dictatures des divers pays sont seulement apparentes, il n'y a pas entre elles une différence de degrés ; toutes recèlent le même fond qui consiste dans la domination sans limites ni contrôle d'une classe, d'un parti ou d'une caste sur les autres, par l'intermédiaire d'une personne qui peut s'appeler roi, dictateur ou premier ministre et qui au fond n'est que le représentant des intérêts de

(1) Auguste Comte (*op. cit.*, t. IV, Appendice, 3^e partie, p. 102) constatait que « l'absolu, dans la théorie, conduit nécessairement à l'arbitraire dans la pratique », chose qui explique la corrélation entre la dictature et l'arbitraire.

son groupe. D'ici le caractère conservateur de toute dictature, même celle qu'on appelle dictature de gauche.

La dictature, comme forme politique basée sur un fait de violence, forme figée dans le présent, ne peut se maintenir qu'en empêchant toute possibilité de transformation politique. D'ici la suppression par la dictature de toutes les libertés publiques comme la liberté de pensée et surtout la liberté de la presse, le plus grand ennemi de la dictature. En conséquence, la suppression de tous les partis politiques s'impose, sauf le parti dictatorial. Toutes ces mesures ont un seul objectif : empêcher que l'opinion du pays devienne publique, parce que seulement comme telle elle devient un élément de transformation, incompatible avec l'immobilité politique de la dictature.

La dictature n'admettant pas l'opposition, toute opposition dans un Etat de dictature tend nécessairement vers l'insurrection.

* * *

Il ne faut pas confondre le régime de la dictature ouverte, loyale si l'on veut, ni avec le césarisme, ni avec la fausse démocratie. A M. J. Barthélemy revient le mérite d'avoir tracé la distinction entre le césarisme et la dictature ; le césarisme n'est pas la négation de la démocratie. Entre le césarisme, comme celui de Napoléon III par exemple, et la dictature, il y a une différence de méthode et de principe. Le césarisme se réclame de la démocratie tout en la violant, ou, comme dit M. Barthélemy, en lui rendant hommage : « Le césarisme français contenait en lui-même la possibilité du retour progressif vers la démocratie » (1).

(1) J. Barthélemy, *La crise de la démocratie contemporaine*, p. 17 et suiv.

Il était donc susceptible de transformation ; la dictature au contraire manifeste pour la démocratie le plus grand mépris, et si l'on veut résumer toutes les doctrines des dictatures par un mot, ce mot ne pourrait être que l'anti-démocratie.

De même avec la fausse démocratie : elle arrive quelquefois à des résultats presque pareils au système dictatorial. Mais entre elle et la dictature existe une différence, à notre avis, considérable, qui consiste dans le fait que, dans la fausse démocratie, la méthode démocratique est, sinon respectée, du moins non reniée. La constitution quelquefois est violée constamment, mais elle existe tout de même, et les gouvernants qui la méconnaissent, ont ou doivent avoir la conscience d'une transgression, chose qui n'est pas dépourvue de conséquences. Dans la dictature cette limite, si faible qu'elle soit, n'existe pas. La différence entre la fausse démocratie et la dictature, *c'est la différence entre l'illégalité et l'alécalisme.*

* * *

La prétendue doctrine dictatoriale n'apparaît qu'après le fait de la dictature. L'intervalle est plus ou moins long suivant l'impression qu'a le dictateur que son pouvoir est consolidé ou non. Mais ce pouvoir commence presque toujours par s'insinuer dans les institutions démocratiques en invoquant toujours *l'état exceptionnel*.

La dictature espagnole, le rivérisme comme M. Barthélemy l'appelle, fut une dictature presque classique. Le pouvoir du général dictateur, instrument de la caste cléricale et militaire, ayant en tête le roi Alphonse XIII, sous prétexte de nécessités pour la conservation de l'Etat,

abolit la constitution la remplaçant par l'arbitraire. Au commencement, tant que son pouvoir est chancelant, la dictature se considère comme provisoire et exceptionnelle. Plus tard, le général se considère « comme le guérisseur providentiel des maux de la patrie » et la dictature se croit consolidée et commence à formuler une doctrine de permanence. Ensuite quand « la dictature mourait d'asphixie » devant la majorité qui avait réussi à se former contre elle par les fuites du système, elle recommença à revêtir son caractère temporaire, mais c'était déjà trop tard (1).

La dictature polonaise, le Pilsudskysme est une forme un peu étrange. Elle débute le 12 mai 1926 par un mouvement insurrectionnel qui demande le rétablissement de la légalité violée, à l'égard de l'actuel dictateur. Sorti d'un mouvement insurrectionnel, le pouvoir du maréchal Pilsudsky ne voit partout que possibilité d'insurrection. Il méprise tout, constitution, loi, hommes, qui se mettent en travers de son pouvoir. La dictature est à la fois militaire et nationale, ce qui est compréhensible dans un Etat comme la Pologne qui ne comprend pas moins de cinq minorités nationales importantes.

Dans l'analyse qu'il fait du *pilsudskysme*, M. J. Barthélemy constate que la force est la base du régime que le maréchal est maître de l'Etat par une menace latente du recours à la force et qu'il n'est ni le chef du gouvernement, ni le Président de la République, mais il est le vrai maître de l'Etat, et que sa dictature s'exerce par personne interposée, fait qui nous semble moins caractéristique, parce que la dictature se sert toujours d'une personne

(1) Alfredo Posada, *La nouvelle Constitution espagnole. Evolution, textes, commentaires*, Sirey, 1932, p. 78 et suiv.

interposée. Le maréchal laisse fonctionner formellement les organes de la démocratie représentative, tant qu'ils ne constituent pas une entrave à son arbitraire. Ces organismes formels n'empêchent pas que l'Etat polonais actuel soit une vraie dictature, parce que le principe représentatif ne constitue le moindre élément dans le pouvoir étatique et que le maître effectif du pouvoir affirme ouvertement une doctrine qui est la négation du principe démocratique. Et ce n'est pas seulement une affirmation doctrinaire, parce que le pouvoir dans son exercice n'est gêné par aucune limite d'ordre légal. On viole « la légalité, systématiquement, ostensiblement et sans nécessité » en inaugurant par le cynisme du pouvoir arbitraire, *l'illégalité gratuite* (1).

En *Yougoslavie* il y a une dictature récente et qui a les caractères de la phase première de toute dictature, c'est-à-dire le tâtonnement. Elle est encore depuis deux ans à la phase des nécessités, d'Etat d'exception, la phase provisoire. C'est une dictature à la fois militaire et nationale. La personne interposée c'est le roi qu'on a convaincu, semble-t-il, qu'il ne pourra garder sa couronne qu'en abrogeant la constitution et en supprimant toutes les libertés. Ce caractère hésitant s'est manifesté aussi par le fait, qu'après avoir supprimé l'organe représentatif, on en est revenu à une sorte de bureaucratie destinée à donner l'apparence du parlementarisme.

En *Hongrie* nous avons l'exemple d'une dictature mitigée. La révolution bolschevique de 1918 sert encore de prétexte, après quinze années, à l'état arbitraire d'exception. Elle est mise en mouvement très simplement. La loi LXIII,

(1) J. Barthélemy, *op. cit.*, p. 97 et suiv.

1912, sur les mesures exceptionnelles en cas de guerre donne le pouvoir législatif aux mains du gouvernement. Ce pouvoir fût maintenu longtemps après la guerre. En 1921 on a fabriqué la loi III-1921, dite *la loi de protection plus efficace de l'ordre public et social*, en vertu de laquelle toute liberté est supprimée par l'institution de peines extraordinaires contre les crimes et délits « à l'égard de l'estime due à l'Etat et à la nation hongroise » (1). En fait c'est la dictature de la caste de la noblesse hongroise, grands terriens qui ne peuvent maintenir leur situation sociale anachronique que par ce moyen.

Enfin il y a des dictatures qui ne durent pas à cause du peuple qui n'est pas assez docile pour les supporter, ou parce que les dictateurs n'ont pas la science et l'habileté suffisantes pour se maintenir. Ainsi au Portugal, les dictatures se succèdent annuellement. Dans les républiques de l'Amérique du Sud, elles sont parfois saisonnières : les rébellions se succédant aux dictatures et inversement constituant un phénomène endémique. Ainsi nous avons eu récemment au Brésil une dictature qui a déterminé une révolution, menaçant de produire une sécession, dont le but était la rentrée dans la voie constitutionnelle (2).

13. — *Le Fascisme.*

C'est un phénomène caractéristique de notre époque que la dictature, qui est un fait, éprouve le besoin de trouver une justification et à son avènement et à sa durée. Elle trouve

(1) Emerik Vadasz, *La législation d'après guerre en Hongrie*, dans le *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1929, p. 275.

(2) Cf. Louis Guilaine, *La révolte constitutionnelle au Brésil*, dans le *Temps* du 2 septembre 1932.

cette justification dans un système plus ou moins juridique qui a comme fondement les nécessités d'ordre social et national.

A ce point de vue le fascisme est la dictature la plus riche en justifications. M. Rocco, qui était jusqu'à ces derniers temps le juriste officiel du fascisme, répète, lui aussi, les phrases déjà dites mille fois par les défenseurs de la dictature : « Au moment où la vie d'un grand peuple est devenue suprêmement complexe, il n'est pas possible de donner à la représentation électorale une valeur absolue dans le gouvernement du pays », il faut, en cette occurrence, libérer le gouvernement « de la dépendance du Parlement et instaurer un gouvernement fort qui doit avoir seulement la confiance du roi, interprète fidèle des nécessités de la nation » (1).

Comment ces nécessités sont-elles satisfaites dans la dictature fasciste et par quels moyens ? Nous nous réservons de traiter plus loin (n° 16) les prétendues nécessités qui ont présidé à la conquête du pouvoir mussolinien et, pour le moment, nous nous contenterons d'étudier ce que le fascisme entend par nécessités et comment il entend les satisfaire.

Le fascisme est une dictature de la classe des grands industriels et terriens, réalisée par un coup de force et par l'intermédiaire d'un groupement demi-militaire, qui est devenue : le parti fasciste. Devenu maître du pouvoir le fascisme a dû se fabriquer une doctrine.

La prétendue doctrine fasciste est une phraséologie, mélange des dogmes les plus disparates, destinés à donner une

(1) Cf. Alfredo Rocco, *La transformation de l'Etat dans l'Etat mussolinien*, études et documents réunis par Thomasi Sylviani, Plon, Paris, 1931, p. 27.

justification au fait le plus injustifiable au point de vue juridique : l'arbitraire. Il faut remarquer que « la doctrine juridique fasciste » a été élaborée longtemps après le fait du fascisme. Cette doctrine, fondée sur des conceptions métaphysiques et fictions, faites dans le but de créer une mystique fasciste, ne résiste pas à l'analyse et on est surpris, en envisageant la doctrine du fascisme, comment elle a pu susciter un intérêt si considérable dans la pensée contemporaine. Au numéro de l'an X de la *Revue bibliographique fasciste*, le Duce écrit : « La littérature universelle suscitée par le fascisme est imposante. Cela signifie que le fascisme intéresse toutes les personnes cultivées depuis les hommes d'Etat jusqu'aux hommes de pensée. Cela signifie que l'Italie a prononcé une parole qui a une valeur non seulement nationale mais mondiale » (1). La constatation n'est pas complètement dépourvue de vérité ; mais ce n'est pas la parole, c'est-à-dire la doctrine formulée par le fascisme, qui a suscité le dit intérêt, mais la fascination de la puissance et la prodigieuse personnalité du chef du fascisme, qui a groupé dans sa main des pouvoirs tellement illimités, qu'il faut aller très loin en arrière pour en retrouver un semblable.

La tâche des juristes fascistes, il faut l'avouer, était assez ingrate. Pénétrés des idées dominantes des législations civilisées, ils se sont donné pour tâche de construire un système qui pût concilier l'idée moderne de l'état de droit, réglé juridiquement par des normes générales et permanentes, avec le besoin où se trouvait un parti politique de conserver le pouvoir malgré toute éventualité de manifestation adverse de l'esprit public. L'évolution qui a suivi cette

(1) Cité d'après le *Temps* du 23 mars 1932.

tendance doctrinaire est partagée en deux périodes. La première est caractérisée par la tentative de concilier la situation de fait avec le principe et la réalité démocratique ; cette tentative a fait complètement faillite. On a essayé alors de forger une légalité, qui tout en niant l'arbitraire par une apparence de légalité, prétendait conserver les avantages de cet arbitraire. Ce qui en est sorti est un système juridique savant compliqué et hybride : la doctrine de l'Etat fasciste. Il est difficile de comprendre ce que la doctrine officielle fasciste entend par l'Etat. C'est une conception métaphysique, une fiction destinée à couvrir la réalité, qui consiste en dernière analyse : dans le pouvoir illimité d'un seul. Pour M. Rocco, l'Etat fasciste est une « organisation distincte des citoyens qui à tout instant en font partie ; il a sa propre vie et ses buts supérieurs auxquels doivent être subordonnés les buts des individus » (1). Le but de l'Etat dans la mystique fasciste est complètement indépendant des buts des individus dont il est composé. Son but à lui est de : « réaliser les intérêts historiques et immanents de la collectivité sociale considérés comme unité qui résume l'ensemble des générations » (2).

Sur la question de la représentation, la doctrine fasciste est douteuse. Il semble d'abord qu'elle la refuse complètement. Elle trouve qu'il suffit que le gouvernement ait la confiance du roi. « Les masses, dit M. Rocco, ne sont pas capables par elles-mêmes d'avoir spontanément une volonté propre, encore moins de procéder spontanément à un choix d'hommes » (3). Pourtant, dans la réalisation

(1) A. Rocco, *ibid.*, p. 25.

(2) A. Rocco, *La crise de l'Etat en Italie : La solution fasciste*, dans la *Rev. des Vivants*, 1927, p. 936.

(3) A. Rocco, *Les transformations de l'Etat*, p. 29.

de ce qu'il appelle l'Etat corporatif, le fascisme fait l'application théorique de la représentation des intérêts. Antidémocratique, la doctrine fasciste n'est pas dépourvue d'une forte dose de démagogie : « Ce n'est pas un Etat démocratique, dit M. Rocco, dans le sens ancien de cette expression, parce qu'il ne donne pas la souveraineté au peuple, mais c'est un Etat éminemment démocratique dans le sens qu'il adhère étroitement au peuple, qu'il est constamment en contact avec lui, qu'il pénètre la masse par mille voix, le guide spirituellement, en sent les besoins, en vit la vie, en coordonne l'activité » (1).

Comment la masse est-elle pénétrée par mille voix ? Il repousse, paraît-il, le parlementarisme comme moyen d'expression de l'opinion publique et des intérêts des groupements sociaux, mais, dit-il : « Il est hors de doute qu'une assemblée composée d'hommes qui par leur origine et le mode de leur désignation (*sic*) sont en même temps les interprètes des idées dominantes des divers groupes, dont se compose la société nationale et organes responsables des grands intérêts historiques de la nation ».

Somme toute, cette théorie n'apporte rien de nouveau que la phraséologie et la complexité. C'est l'ancienne théorie du bon tyran, à laquelle on a adapté la terminologie moderne. L'Etat fasciste n'est pas agnostique comme l'Etat démocratique, dit la doctrine fasciste ; parce que « l'Etat fasciste est un Etat d'autorité comme aucun autre ne le fût jamais » (2). Il doit être fort pour réaliser « sa grande mission historique ».

*
* *

(1) *Ibid.*, p. 31.

(2) *Ibid.*, p. 34.

Le droit n'existe que comme moyen du pouvoir et il n'est observé que dans la mesure où il est conforme à son but. Si on veut définir par un seul mot le droit public italien d'aujourd'hui, ce serait : l'absence de tout contrôle quel qu'il soit, sur les actes du pouvoir. Même avant le coup d'Etat fasciste, il n'y avait pas dans le droit italien d'institution juridique destinée à défendre les citoyens contre les abus des actes législatifs du pouvoir ; la constitutionnalité des lois ne pouvait être contrôlée par aucun tribunal, mais il y avait cependant des moyens pour réprimer les abus du pouvoir exécutif. Toutes les réformes du fascisme, depuis 1922 jusqu'à ce jour, ont eu comme effet direct ou indirect de supprimer ce contrôle contre les abus du pouvoir, parce que toutes ces réformes ont eu pour effet de restreindre de plus en plus les libertés des citoyens. Il y avait avant le fascisme un moyen politique de réfréner l'activité législative : c'était l'opinion publique. Le fascisme, en supprimant la liberté de la presse, a supprimé complètement l'opinion publique.

L'activité du tribunal exceptionnel prouve que si l'opinion publique ne peut plus exister, l'opinion isolée n'a pas complètement disparu. On dit que dans l'année 1928 seulement, dix mille ans de prison ont été donnés à ceux qui ont manifesté une opinion contraire au pouvoir. Il ne reste donc dans le système fasciste aucun moyen, ni politique ni juridique, à la disposition du citoyen pour se plaindre contre les abus du pouvoir. Il ne lui reste que de faire appel à la clémence des gouvernants.

L'institution de la propriété a été conservée jusqu'ici dans l'Etat fasciste parce qu'elle n'est pas, pour le moment, incompatible avec le maintien du pouvoir tel qu'il existe. En effet, le Duce se réclame ouvertement comme disciple

de Machiavel, et celui-ci conseillait au prince prudent, qui veut garder son pouvoir, de faire n'importe quoi d'après sa propre volonté, à une seule condition : respecter les biens des grands du pays. Si la propriété privée a été conservée dans sa forme antérieure, ce n'est pas parce qu'elle est garantie d'une façon quelconque dans le système juridique fasciste dépourvu de toute notion de garanties des droits, mais parce que M. Mussolini s'est montré jusqu'à ce jour un disciple prudent de l'auteur du « Prince ».

* * *

L'État fasciste reste après dix ans une anomalie juridique. Le point central du système c'est la réalité du pouvoir du vrai maître de l'Etat italien. Ce pouvoir, pourtant, reste encore un pouvoir de fait. Les efforts des juristes fascistes consistent à créer un système juridique paradoxal fondé sur la *révolution permanente* ou une légalité fondée sur *les vacances de légalité* (1).

Le caractère de la dictature fasciste se manifestant par la confusion du parti fasciste avec l'Etat italien même. L'organisation des institutions juridiques s'est petit à petit adaptée à cette idée. L'organe suprême du pouvoir étatique est aujourd'hui formellement le Grand Conseil fasciste. Constitué juridiquement par le texte de la loi du 9 décembre 1928, son rôle consiste à donner une apparence de légalité à toute organisation de fait inconciliable avec l'ordre constitutionnel de la société italienne. L'institution de ce Conseil fasciste et son incorporation dans la

(1) Silvio Trentino, *op. cit.*, p. 203 et suiv.

constitution, marque la fin formelle de tout régime constitutionnel.

La qualité de membre du Grand Conseil fasciste est conférée d'après la loi précitée par une investiture directe et exclusive du parti fasciste. Le secrétaire du parti national fasciste est en même temps le secrétaire du Grand Conseil; le chef du parti fasciste, M. Mussolini, est en même temps le chef du gouvernement et le président du Grand Conseil.

En vertu de l'article 5 de la loi de 1928 (5 mai), le Grand Conseil fasciste désigne les députés en les choisissant sur la liste des candidats proposés par les organes corporatifs de l'Etat, par les établissements d'utilité publique et enfin parmi les personnes, qui tout en n'étant pas sur cette liste, sont censées avoir, d'après l'appréciation du Conseil, une certaine réputation dans le domaine des lettres, sciences, arts, ou vie militaire. Il joue donc le rôle de corps électoral, dont il monopolise les attributions. Aux termes de l'article 12 le G. C. F. doit être obligatoirement consulté dans toutes les questions ayant un caractère constitutionnel; mais en dehors de ces attributions consultatives, il a des fonctions délibératives qui lui donnent des prérogatives d'organe originaire dans l'Etat. Ainsi le Grand Conseil, comme organe suprême du parti fasciste, peut par exemple constater un jour qu'il est nécessaire de pourvoir à un changement radical de la forme du gouvernement dans l'Etat. En vertu d'une telle constatation, le premier ministre, qui est en même temps le Président du Grand Conseil et l'exécuteur de sa volonté, se trouve saisi par cette délibération et peut à cette fin faire un projet de loi, qu'après un nouvel avis du Conseil, il imposera aux Chambres (1).

(1) Cf. S. Trentino, *op. cit.*, p. 231.

Ainsi se trouve-t-il que toute stabilité politique en Italie est illusoire devant les possibilités illimitées du parti fasciste par son Grand Conseil. Celui-ci a subordonné à sa volonté tous les organes étatiques. La couronne, qui dans la doctrine juridique officielle fasciste paraît jouer le rôle de l'organe central, a été dépouillée de toutes ses prérogatives et de tout son prestige. D'après la constitution de Charles-Albert, le roi était un organe constitutionnel qui détenait directement son investiture de la constitution sans l'intermédiaire d'un autre organe. Aujourd'hui, l'organe originaire qu'était le roi, est remplacé par le Grand Conseil. Celui-ci peut disposer des prérogatives de la couronne et même du pouvoir juridique de déposer le roi quand il le voudra. Le roi n'est plus le commandant effectif des armées de terre et de mer, son droit de sanctionner les lois reste illusoire ; il ne peut plus choisir ses ministres. Ainsi doit-il « se plier à confondre son rôle avec celui d'un officier public chargé de certifier *erga omnes* l'authenticité d'une signature » (1). Dans ces conditions, parler de la responsabilité du Président du Conseil devant le roi, de l'investiture de celui-ci par le roi, est une pure illusion.

Il semble donc que l'organe, qui détient la souveraineté étatique dans le régime fasciste, c'est un organe collégial, le Grand Conseil qui a monopolisé la vie nationale.

Mais cette institution ne fait que dissimuler la réalité de la construction politique en Italie qui consiste dans le pouvoir absolu et illimité du chef du gouvernement actuel. Le caractère personnel du pouvoir de celui-ci est le point cardinal de l'Etat fasciste. La dictature mussolinienne est une dictature de classe ; mais ce qui caractérise la dic-

(1) *Ibid.*, p. 245.

tature fasciste, c'est le fait que le Duce a, non seulement monopolisé l'Etat, mais aussi la dictature, dont il était au commencement l'instrument et dont il est actuellement le but. Nous avons vu que la responsabilité du chef du gouvernement envers le roi est illusoire ; sa responsabilité envers le Grand Conseil n'est pas moins fictive. En effet, en vertu de la loi du 9 décembre 1928, article 7, c'est par le décret personnel du premier ministre que la qualité de membre du grand Conseil fasciste peut être attribuée « aux personnes compétentes ». Il est le Président de ce Conseil. Les réunions du Grand Conseil sont secrètes ; elles sont valides, quelque soit le nombre des personnes présentes. Le Conseil ne peut se réunir que sur la convocation de son Président. Donc la responsabilité du Président envers le Grand Conseil se traduit par une responsabilité envers soi-même.

La personne du Président du Conseil est inviolable comme celle d'un roi (loi du 25 décembre 1925, art. 1^{er}). Des citoyens qui ont critiqué la beauté physique du Duce ont fait plusieurs mois de prison (1).

Le Duce est le chef de l'exécutif et le suprême organe législatif en même temps. Il a, d'une manière exclusive, le droit d'initiative. Aucun objet ne peut être mis à l'ordre du jour du Grand Conseil sans son adhésion expresse (art. 6, loi du 24 décembre 1925). N'oublions pas qu'il a le commandement effectif de toutes les forces de terre et de mer.

Mais par la force il faut se garder de comprendre seulement la force armée régulière. En dehors de celle-ci, le chef fasciste a organisé pour sa défense personnelle et celle

(1) S. Trentino, *op. cit.*, p. 256.

du régime, qu'il confond avec l'Etat italien, une milice fasciste qui a été incorporée dans l'Etat. Voilà comment les juristes du régime justifient son existence à côté de l'armée italienne : « une nécessité vivement ressentie se présente : celle de constituer une force armée pour la défense de l'ordre public, en libérant l'armée des tâches étrangères à sa mission » (1).

Quoique la doctrine fasciste ne l'avoue pas, le pouvoir du chef du gouvernement italien a un caractère qui ressemble à l'ancienne conception du pouvoir patrimonial. En effet, en examinant toutes les garanties d'ordre juridique dont la conservation de ce pouvoir est entourée, on a l'impression que le Duce en est le propriétaire. La Présidence du Grand Conseil fasciste donne au premier ministre la faculté de désigner lui-même son successeur, c'est-à-dire de disposer pour après sa mort de ses propres fonctions, comme s'il s'agissait de ses biens privés.

Les organes dits législatifs, le Sénat et la Chambre, ne servent que de décors au pouvoir des décisions souveraines du dictateur. Ils sont organisés de telle manière qu'ils ne font jamais la moindre opposition au pouvoir personnel. Le Sénat a essayé il y a quelques années de manifester une opposition toute platonique aux actes du pouvoir. Son esprit frondeur a été réduit au silence par une organisation nouvelle. Les discours des députés ne sont que le résumé ou l'amplification des déclarations du Duce. La Chambre n'a plus qu'un rôle tout à fait formel. On n'y entend que des critiques sur des questions insignifiantes, comme si elles

(1) Prof. Chimienti, *Droit constitutionnel italien. Cours de nouvelle législation constitutionnelle italienne*, à l'Université royale de Rome, Giard, Paris, 1932, p. 417.

étaient mises en scènes. Le Sénat italien était entièrement nommé par le roi avant l'avènement du fascisme. Aujourd'hui ses membres sont toujours nommés par le roi à condition qu'ils fassent partie de la liste des personnages fascistes.

La Chambre dite corporative est la plus compliquée des fictions que la dictature fasciste ait imaginée. On parle de la *Chambre corporative* et de l'*Etat corporatif* italiens, comme d'une innovation compatible avec l'évolution actuelle des groupements dans la société. Or, à notre avis, cet Etat corporatif n'est destiné qu'à étouffer le mouvement incontestable des associations, qui s'est fait jour depuis le dernier siècle dans la société contemporaine et dont la force n'est niée ni même par ses ennemis déclarés.

Qu'est-ce que l'Etat corporatif ? La prétendue innovation du fascisme c'est la reconnaissance du syndicat comme organe du droit public. Mais au fond l'institution se réduit à un bureaucratisme fasciste. Le seul syndicat qui a droit à l'existence, c'est le syndicat fasciste. Il doit être agréé par le Ministère de corporations, autrement son existence est interdite. Son secrétaire est nommé comme n'importe quel fonctionnaire par le Ministère de corporations. Ainsi organisé par en haut, le syndicat représente juridiquement la corporation dans la région. Il a le monopole de cette représentation ; il représente les professionnels, même ceux qui ne font pas partie du syndicat, même ceux à qui le secrétaire a refusé la carte, bien qu'une cotisation leur soit imposée quand même. Le syndicat agréé peut conclure les contrats collectifs de travail qui seront obligatoires même pour les non adhérents (1).

(1) J. Barthélemy, *op. cit.*, p. 61.

Ainsi non seulement le syndicat dans son vrai sens n'est pas admis en Italie, mais toute liberté ouvrière a été complètement étouffée. La grève est considérée comme une atteinte à la production nationale et punie d'une grosse amende et d'une pénalité de six mois jusqu'à deux ans de prison, suivant qu'elle s'est produite ou non dans un service public. Tout conflit possible entre le capital et le travail est tranché par voie d'autorité. C'est la négation même du droit syndical, tel qu'il est conçu dans les pays civilisés. C'est donc avec raison que chaque année la Conférence du Travail de Genève refuse de valider le mandat des représentants des syndicats italiens, comme non conforme aux dispositions du traité de Versailles, qui demandent comme condition essentielle pour l'existence d'un syndicat, qu'il ait été constitué librement. Dans son étude sur la crise de la démocratie contemporaine où M. J. Barthélemy fait une analyse originale et objective du fascisme au point de vue juridique et politique, nous avons rencontré une appréciation qui nous a surpris : il croit constater que le fascisme a le mérite d'avoir le premier abandonné la vieille adversité bourgeoise contre le syndicalisme : « il le regarde virilement comme une nécessité de la vie moderne » et « il a prétendu le canaliser, l'endiguer », pour le rendre utile à la vie étatique. Nous ne sommes pas d'accord avec l'éminent auteur. Le fascisme a vu dans le syndicalisme son plus grand ennemi, parce que celui-ci était à un moment donné la seule force organisée et capable d'opposer une résistance sérieuse à la dictature. Il a supprimé donc la liberté syndicale, comme il a supprimé toute liberté. Le droit ouvrier n'a pu se développer que là où a existé la liberté d'association. La législation corporative fasciste est destinée à tuer toute velléité d'association en la remplaçant

par des organismes bureaucratiques, où la résistance du travail devant le capital devient impossible.

La prétendue représentation corporative n'est qu'un simple rouage du fonctionnarisme. En quoi consiste-t-elle ? Les syndicats reconnus dressent une liste de 800 candidats. Il est à remarquer que les syndicats patronaux ont le droit d'élire un nombre de candidats égal à celui des candidats ouvriers. Sur cette liste de 800 candidats, le Grand Conseil fasciste en désigne 400, mais il peut très bien désigner d'autres personnes qui ne figurent pas sur la liste des candidats des corporations. Cette liste de 400 est destinée à une approbation plébiscitaire par oui ou non, qui est organisée de telle manière que le résultat peut être connu d'avance. M. Barthélemy rapporte qu'il a eu l'occasion de voir les bulletins qui doivent répondre oui et ceux qui doivent répondre non. De la différence entre une catégorie et l'autre on peut induire sur la valeur de cette consultation populaire.

Les 400 députés constituent la Chambre dite corporative. Désignés par les corporations sous la discipline du pouvoir central, confirmés par le Grand Conseil organe effectif du chef du fascisme, approuvés par un corps électoral qui ne peut dire que oui, on ne s'étonne pas de l'attitude admirative des membres de cette Chambre.

De l'analyse qui précède et que nous avons tâché de faire en toute objectivité, il résulte que l'état corporatif, du moins ce qu'on entend par ce mot dans la doctrine fasciste, ne peut fonctionner que sous une dictature qui ait supprimé préalablement toute liberté d'association.

Sous toute dictature, nous avons déjà dit, que le problème des mesures exceptionnelles se pose sous un angle différent. D'un côté, la dictature est considérée généralement

comme un état d'exception, et pendant toute sa durée il n'y a pas d'état juridique normal. D'un autre côté, la notion de nécessité étatique se confond avec l'idée de nécessité de la classe, du parti ou du groupement qui exerce effectivement la dictature. Comme le groupe, dont la personne du dictateur n'est que l'organe plus ou moins mandaté, est prépondérant, la notion de nécessité, qu'on a en vue, est en première ligne celle du groupement ou de la classe sociale dominante ; puis vient celle du parti et seulement en dernier lieu la personne du dictateur.

Nous nous sommes efforcés de montrer que sous l'aspect de la dictature personnelle il y a toujours l'intérêt d'une classe ou d'un parti. Quand l'intérêt de la conservation du pouvoir et de domination de la classe ou du parti viennent, par exemple, en conflit avec le pouvoir du dictateur, celui-ci est sacrifié. Ainsi nous avons les cas récents, en Russie et en Espagne, où les castes dominantes ont sacrifié leurs dictateurs, Primo de Rivera et Lenine, au moment où les nécessités du maintien de la domination exigeaient ce sacrifice.

En Italie, il semble que la dictature a oblitéré son cours normal. Le point de gravité de cette dictature s'est déplacé de celui de la classe à celui du dictateur. M. Mussolini a confisqué, non seulement le pouvoir, mais la dictature à son profit. D'ailleurs, si la dictature fasciste dure depuis tant d'années en Italie et formule même une doctrine qui contient la permanence, c'est grâce au génie et à l'habileté exceptionnels du Duce. Il a réussi à organiser si bien la conservation de son pouvoir personnel, que la dictature se confond avec lui. En effet, la classe des terriens et des gros industriels, qui à l'origine constituait le support de la dictature fasciste, a été reléguée, par l'habileté du dictateur,

sur un plan secondaire. Il a tenu sa promesse en supprimant la lutte de classes qui menaçait sérieusement la domination de la bourgeoisie dans l'Etat italien ; mais c'est tout. On ne peut pas dire qu'il a trop fait pencher la balance sociale du côté qu'on était en droit d'attendre de lui. S'il maintient encore l'Etat italien comme un Etat bourgeois, c'est parce que, pour le moment, l'intérêt de conservation de son pouvoir est de ce côté ; mais, si demain cet intérêt va dans le camp adverse, le Duce n'aura aucune peine de passer de l'autre côté de la barricade. Il y est prédestiné par son origine et son passé. La haute bourgeoisie est contente pour le moment, mais elle craint toujours que, semblable à l'apprenti sorcier, elle ne puisse plus arrêter la force qu'elle a déchaînée.

Bien que le pouvoir du chef du gouvernement italien n'ait pas de limite juridique, bien que le principe de la séparation et de contrôle réciproque des pouvoirs ne puisse plus jouer, la doctrine fasciste, pour des motifs d'opportunité, n'a pas eu le courage, comme la doctrine bolchevique, de nier complètement le principe de la suprématie de la loi, bien que cette négation soit dans la logique du système fasciste. La crainte où l'on était que l'on pût comparer le fascisme à l'absolutisme médiéval, a entraîné la création d'un système de mesures dites exceptionnelles et de nécessités, organisées par la loi du 31 janvier 1926. Cette idée d'organiser une série de mesures exceptionnelles de nécessités apparaît comme une pure ironie dans le régime de l'alécalisme fasciste, et ceci pour deux motifs : d'abord parce que le dualisme entre la légalité normale et l'Etat exceptionnel ne se pose pas dans un système qui prétend être la révolution permanente, et, en second lieu, la notion de nécessité étatique se confond avec la nécessité

de conservation de pouvoir inaltérable du chef du gouvernement, nécessité qui est satisfaite par tout l'ensemble de mesures qui constitue l'ordre juridique fasciste.

D'après la loi du 31 janvier 1926 :

1^o Le gouvernement a la compétence exclusive de déterminer :

a) L'exécution des lois,

b) L'usage des facultés appartenant au pouvoir exécutif,

c) L'organisation et le fonctionnement des administrations de l'Etat et de la situation du personnel dépendant de celles-ci.

2^o Le gouvernement est compétent à approuver par décret, après l'avis du Conseil technique ministériel et du Conseil d'Etat, les contrats stipulés par l'Etat dans les cas où l'approbation doit intervenir au moyen d'une loi.

3^o Le gouvernement peut émettre des normes ayant force de loi :

a) Quand il est expressément délégué par une loi et dans les limites de la délégation.

b) *Quand cela est réclamé par des circonstances exceptionnelles impliquant une nécessité absolue et urgente.*

Cette loi de 1926 à l'air de restreindre la compétence législative des Chambres en faveur de l'exécutif. Nous avons vu pourtant en quoi consiste l'attribution législative des Chambres : un simple formalisme. Mais par la loi de 1926, même ce formalisme, qui donne une apparence de légalisme, est écarté.

Depuis 1926 il y a donc en Italie deux sortes de législations : celle de l'exécutif et celle du législatif. On pourrait se demander que fera le juge quand il se trouvera devant un conflit entre une loi du législatif et une de l'exé-

cutif, s'il ne pourra, par exemple, déclarer illégale « la loi quand elle aura débordé dans le domaine réservé aux ordonnances du gouvernement » (1).

Les contrats de l'Etat ont besoin de l'approbation budgétaire ; mais ce n'est pas l'exécutif qui est subordonné dans cette approbation des contrats à la loi budgétaire, mais au contraire la loi du 31 janvier 1926 (art.1, al. 3) dit, qu'il n'y a pas lieu de méconnaître la nécessité de l'approbation par la loi de budget des dépenses occasionnées par l'exercice de la prérogative exceptionnelle confiée au pouvoir exécutif. Ainsi on peut dire que la loi de 1926 a réussi à méconnaître jusqu'à cette première prérogative populaire qu'est le consentement aux impôts et dépenses publiques.

En vertu de la loi du 31 janvier 1926, le décret-loi n'a plus son caractère exorbitant comme dans tout autre droit public. Par la non obligation de l'exécutif de présenter cette loi à la ratification du législatif, le décret-loi devient un moyen de législation normale. Voici comment M. le Professeur Trentino apprécie la situation juridique qui sortira de cette loi : « Grâce à elle (loi du 25 janvier 1926), à côté des normes juridiques ordinaires il y aura en Italie des normes juridiques provisoires, auxquelles le refus de ratification ou le défaut, même volontaire, de présentation au Parlement, pourra enlever d'un moment à l'autre toute valeur... ; ce qui aura pour conséquence que beaucoup de rapports, normalement réglés par la loi, peuvent être provisoirement soumis à un régime différent et que, tandis qu'une catégorie de citoyens jouira de situations certaines

(1) Cité par S. Trentino, *op. cit.*, p. 271, d'après M. Vuccheli, *Sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridica*.

et irrévocables, d'autres seront obligés de soumettre la poursuite de leurs intérêts à l'aléa d'une situation incertaine et contingente » (1).

L'illégalisme fasciste, tout en n'étant pas proclamé ouvertement par la doctrine, comme en Russie soviétique, ne reste pas moins la négation du principe de la légalité. L'Italie possède encore une Chambre et un Sénat, et chaque année on célèbre encore la fête traditionnelle de la constitution. Mais la Chambre, pour employer le mot de Cavour, n'est plus que l'antichambre du Cabinet présidentiel et la constitution italienne n'existe plus.

Si on fait le bilan du fascisme, après dix ans, on constate que les mesures de nécessité, prises à l'encontre de la légalité, ont porté des résultats vers lesquels elles ont tendu ; c'est-à-dire le pouvoir du fascisme est consolidé, celui du Duce est à l'abri de toute critique. Sur les places publiques, des milliers d'hommes acclament leur maître incontesté. Le conformisme fasciste a atteint son idéal. Manifester une opinion contraire à celle officielle, est devenu un héroïsme et le nombre des exécutés et des prisonniers politiques montre que la race des héros n'est pas éteinte.

Mais, en dehors de cela, quel est le résultat payé si chèrement par la liberté d'un peuple entier. M. Mussolini s'est donné toutes les peines pour assurer en échange le bien-être matériel à ses sujets. Quel est le résultat, auquel il a abouti qui n'a pas été réalisé dans les Etats au régime légaliste ? Est-ce que le même résultat dans un pays comme l'Italie, n'aurait pu être réalisé, treize ans après la guerre, si ce pays était resté sous un régime de démocratie et de légalisme ? Est-ce que l'unité italienne n'aurait pu

(1) S. Trentino, *op. cit.*, p. 279.

être gardée intacte ? Est-ce qu'il y aurait eu plus de chômage dans les villes et plus de misères dans les campagnes ? Nous en doutons.

14. — *Le Soviétisme.*

La dictature soviétique, du point de vue juridique, se caractérise par son alécalisme affirmé dans la doctrine officielle même. Cet alécalisme est la conséquence naturelle de la réalité politique en U. R. S. S., en contradiction avec l'idéologie qui a présidé à la formation de l'Etat nouveau.

En effet, la doctrine du communisme est basée sur la prédominance de l'économique sur le politique. Théoriquement, la forme d'Etat communiste représente la dictature des éléments producteurs dans la société, les ouvriers et les paysans, c'est-à-dire la grande majorité de la population par l'exclusion d'une petite minorité qui représente le capital (1). Or, en fait, ce n'est pas cela que nous constatons, ce n'est pas le pouvoir d'une grande majorité qui s'exerce, même tyranniquement, sur une minorité négligeable ; c'est toujours une minorité qui exerce sa dictature sur le reste de la population ; ce n'est pas, comme remarque M. Masarick, « la dictature du prolétariat, mais la dictature sur le prolétariat ».

Par qui cette dictature est-elle exercée ? Non pas par un groupement d'intérêts, parce que les classes sociales sont, du moins théoriquement, supprimées en U. R. S. S., mais par un parti qui ne représente en fait ni une classe,

(1) Lénine, *L'Etat et la révolution*, Librairie de l'Humanité, Paris, 1925, p. 113, 116.

ni un groupement d'intérêts. La force de cohésion de ce parti, qui a réussi à maintenir la domination constante, en dehors des personnes qui se sont succédées à sa tête, est déterminée par une idée mystique : l'idée de la révolution socialiste. La dictature soviétique est la dictature d'une idée, la plus terrible, la plus intolérante des dictatures qui puissent exister. Pour en trouver une équivalente, il faut remonter à l'histoire de l'intolérance religieuse espagnole du XIII^e siècle.

Toute la vie sociale, et par conséquent tout le droit public soviétique, tourne autour de cette idée : la révolution socialiste. Ce n'est pas l'Etat mussolinien qu'il faut opposer à l'Etat libéralagnostique, comme disait M. Rocco(1), mais c'est l'Etat soviétique. Le gnosticisme du système communiste exclut toute possibilité d'idée contraire, réglemente la vie sociale dans ses moindres manifestations, de telle sorte qu'il ne reste plus aucune place pour la pensée ou l'activité libre de l'individu en dehors du but à réaliser : la révolution socialiste.

L'Etat soviétique a ceci de particulier qu'il n'a pas son but en lui-même comme les autres Etats, mais un but extérieur, qu'il doit atteindre, d'où découle le caractère provisoire et exceptionnel que revêt tout son système juridique. L'idée de la révolution sociale constitue le support et en même temps le but de l'Etat, et c'est pour ce motif qu'on a essayé de fonder l'idée de légalité, non par la conformité avec le droit objectif, mais par *la conformité au but révolutionnaire*. Dans la conception soviétique le rapport entre l'Etat et le droit se réduit à la subordination com-

(1) M. Rocco, *L'Etat mussolinien*, p. 23.

plète du droit aux nécessités étatiques ; de cette manière aucune stabilité juridique ne peut être conçue.

Dans son très intéressant livre sur la théorie de l'Etat soviétique, M. Mirkine Guetzevitch donne un exemple de l'affirmation doctrinaire de cette instabilité : le Professeur Lodyjenski écrit dans la revue russe de Moscou (*Le droit et la vie*, 1925), que : « La révolution a créé des rapports juridiques qui ne sauraient coïncider avec les cadres étroits du droit objectif et que le droit soviétique doit toujours se conformer à la *clausu I la rebus sic staudibus* ». Ainsi l'Etat, non seulement n'est pas limité par le droit objectif, mais il ne se croit même pas obligé de respecter les normes juridiques qu'il a formulées. « Le droit soviétique, dit M. Mirkine Guetzevitch, est un droit, c'est-à-dire un ensemble de règles obligatoires pour les gouvernés, non pour les gouvernants ; de telle sorte que la notion même du droit objectif comme règle de droit est inapplicable au régime soviétique » (1).

Le pouvoir de l'Etat s'avoue sans hypocrisie comme un fait de violence (2). L'explication de l'investiture de ce pouvoir rappelle l'investiture mystique des rois. Les gouvernants détiennent le pouvoir pour remplir une mission sacrée. La constitution de la république socialiste fédérative russe du 10 juillet 1918, et révisée le 11 mai 1925, dit : « Tout pouvoir dans les limites de la R. S. T. S. R., appartient aux Soviets des députés des ouvriers, paysans, cosaques et soldats ». La constitution se propose : « de garantir la dictature du prolétariat, d'écraser la bourgeoisie, de

(1) Mirkine Guetzevitch, *La théorie générale de l'Etat soviétique*, Giard, Paris, 1928, p. 113.

(2) Cf. Lénine, *op. cit.*, 1925, p. 117.

supprimer l'exploitation de l'homme par l'homme et de réaliser le communisme sous le règne duquel il n'y aura ni division de classe, ni pouvoir d'Etat ».

La mission « d'écraser la bourgeoisie » ne pourra donc être réalisée dans cet Etat, provisoire d'après la constitution, que par le parti communiste. Il représente le prolétariat et les paysans, non en vertu d'un mandat reçu, mais parce qu'il prétend être le détenteur de la seule doctrine conforme à l'intérêt de cette classe ; donc la théorie du bon tyran qui veut le bien du peuple malgré lui.

La représentation n'est pas organisée d'une façon déterminée. Le droit électoral n'est même pas réglementé par la loi. Il n'y a pas d'uniformité ; tout dépend des administrations centrales ou régionales qui statuent sur le nombre et la qualité de l'électeur. Il n'y a pas d'égalité de droit de vote des citoyens. Enfin le principe même de l'éligibilité n'est pas considéré comme immuable. Il est remplacé par la nomination, chaque fois que l'opportunité politique le demande (1).

D'ailleurs, la doctrine soviétique n'est pas encore fixée, si les soviets sont ou non des organes de représentation. En tout cas, les soviets représentent la direction centrale du parti communiste. Ainsi : « l'Etat c'est le parti, le système soviétique c'est la totalité de tous les membres du parti communiste ; donc la représentation soviétique n'est qu'une répartition des membres du parti communiste dans les localités » (2). Par conséquent la réalisation de l'idée dominante dans l'Etat est assurée.

(1) Mirkine Guetzevitch, *op. cit.*, p. 75 et suiv.

(2) *Ibid.*, p. 48.

Toute la vie étatique en U. R. S. S., est subordonnée à la réalisation de l'idée. L'asservissement de l'individu ne s'opère pas, du moins théoriquement, en faveur d'un autre individu ou d'un groupe, mais toujours en faveur de l'idée. L'article 4 de la Constitution de R. F. S. R., qui supprime la liberté de la presse, affirme que cette suppression ne fait qu'instaurer *la vraie* liberté de la presse, parce qu'elle supprime sa dépendance vis-à-vis du capital ; l'article 5 accorde *la vraie* liberté de réunion à la classe ouvrière. L'article 14 marque la conception mystique révolutionnaire de la liberté : « S'inspirant des intérêts des travailleurs, la république S. F. S. R. prive les individus et les groupes particuliers des droits, dont ils useraient au préjudice des intérêts de la révolution socialiste ».

Toutes les institutions qui caractérisent l'Etat de droit moderne font défaut en U. R. S. S., parce que ces institutions ont pour but de mettre l'Etat en conformité constante avec le droit, chose qui s'oppose au caractère fondamental de l'Etat soviétique. La séparation des pouvoirs est méconnue. D'après la constitution (art. 24), « le comité exécutif central panrusse des Soviets est l'organe législatif, administratif et de contrôle suprême de la république socialiste fédérative socialiste russe ». L'exécutif détient, non seulement le pouvoir législatif, mais aussi le pouvoir constituant, parce que toute limitation du pouvoir est en contradiction avec le régime.

Le droit soviétique ne connaît pas le principe de subordination des normes juridiques. Les juristes bolchevics affirment, qu'en fait, la constitution n'est pas supérieure à un décret et avouent l'impossibilité de distinguer où finit la loi et où commence l'ordonnance administrative. Ils ajoutent que « cette opposition n'est qu'une pure fic-

tion de la science et de la pratique bourgeoise » (1).

Dans l'ensemble du droit soviétique, la constitution, telle qu'elle a été rédigée en 1918 après le cinquième Congrès panrusse, ne représente pas, comme dans les Etats de droit, la loi fondamentale qui formule les normes plus ou moins immuables, limitant la conduite des gouvernants, afin d'offrir une garantie pour les gouvernés sans exception. Cette garantie pour la minorité ne peut pas exister parce que la doctrine soviétique exclut l'existence d'une minorité.

Si on veut trouver quelque chose de semblable à une véritable constitution, dans le système juridique U. R. S. S., il faut le chercher dans la préoccupation constante du pouvoir de guider tous ses actes d'après : les intérêts économiques de la classe dominante et la réalisation de la révolution sociale dans le sens socialiste. Ainsi, le critérium de la constitutionnalité d'une loi devrait être recherché dans sa conformité avec le but révolutionnaire et non avec le texte formel de la constitution.

Les modifications constitutionnelles en U. R. S. S., se sont, presque toujours, faites en dehors des formes prévues dans la constitution même ; des modifications de fait se produisent chaque fois que les nécessités des gouvernants les imposent (2). Le pouvoir constituant, d'ailleurs, n'est pas même déterminé.

La loi soviétique se caractérise par l'impossibilité de la distinguer d'un acte administratif. Le pouvoir législatif n'appartient pas à un seul organe. La constitution a attri-

(1) Cf. *ibid.*, p. 75 et 78.

(2) *Ibid.*, p. 65, 75.

bué cette fonction à non pas moins de dix organes. Voici la liste qu'en donne M. Mirkine Guetzevitch :

1. — Le Congrès des Soviets de U. R. S. S.
2. — La Présidence du Comité central exécutif.
3. — Le Comité central exécutif.
4. — Le Soviet des Commissaires du peuple.
5. — Le Soviet du Travail et Défense.
6. — Le Congrès des Soviets des Républiques membres.
7. — La Présidence du Comité central exécutif des Républiques.
8. — Les Comités centraux exécutifs de ces Républiques.
9. — Les Soviets des Commissaires du peuple des Républiques.
10. — Les décisions des Commissariats du peuple dont les dispositions doivent s'appliquer à tout le territoire de U. R. S. S.

Dans ces conditions, il est très naturel que les dispositions légales soient contradictoires par manque d'unité législative. Le droit soviétique n'est pas limité par le principe de la non rétroactivité des lois.

Il existe aujourd'hui encore en U. R. S. S., comme cela existait d'ailleurs dans la Russie tzariste, des lois secrètes dont le contenu n'est connu que par l'administration. La publication des lois n'est pas obligatoire. Lénine concevait la loi, non comme une norme impérative pour tous, mais seulement comme une indication de principes et comme une instruction, non obligatoire mais utile, pour l'administration.

Dans ces conditions, il est impossible de concevoir le plus simple régime de légalité, non seulement pour l'administration, mais pour la justice même. Un décret du 30 novembre 1918, interdisait aux juges de se référer à l'ancien

droit de l'Empire. Il leur imposait le droit objectif soviétique — très réduit en ce moment — et « en cas d'absence d'un décret approprié à l'espèce ou en cas de lacune, les juges n'ont qu'à se guider sur leurs idées du droit socialiste ». Ce système premier, qui frisait l'anarchie, a été bientôt abandonné, mais pas complètement. Le principe de relativisme persiste. Le 6^e Congrès panrusse extraordinaire des Soviets a pris un arrêté, qui tout en restant sur le principe de conformité au but, réclame une exécution plus précise des lois. Mais il a soin d'ajouter que : « dans une série de cas, l'infraction aux lois peut être aussi conforme au but qu'une application absolue du principe de la légalité ». A cette époque (avant 1921) l'opposition entre la légalité et la conformité au but était résolue par la prépondérance de cette dernière, car il s'agissait alors plutôt de la discipline et de la subordination que de la légalité. Les tribunaux étaient encore tenus dans beaucoup de cas de se conformer au but, et des juristes russes, tels que Stouthka, affirment que la stricte application des lois par les juges est « une idée parfaitement fausse, basée sur la fameuse théorie de séparation des pouvoirs ».

Vers 1926 se manifeste un mouvement d'opinion en faveur de la légalité. Ainsi l'un des plus considérables juges soviétiques, Soltz, demande l'affermissement de la légalité, non pas comme un principe d'ordre et de justice, mais comme une opportunité et une tactique du moment pour inspirer la confiance et faire une bonne impression sur les paysans, dont on avait besoin à ce moment pour la restauration de l'agriculture ?

Malgré une légère tendance en faveur du respect des lois, le régime juridique de l'U. R. S. S. est caractérisé par la primauté de l'exécutif sur le législatif et les juristes

soviétiques continuent de constater *la mort du légalisme* et publient des études comparatives entre *la légalité bourgeoise, la légalité soviétique et la conformité au but*, dont on trouve un tableau très instructif dans le livre de M. Mirkine Guetzevitch.

Malgré ce légalisme très relatif, bien que, dans l'activité du pouvoir, l'opportunité passe toujours avant la légalité, pour des motifs que nous avouons ne pas pouvoir comprendre, on a cru nécessaire d'établir une série de mesures législatives, dites d'exception, comme si tout le système juridique de l'U. R. S. S. n'avait pas déjà ce caractère exceptionnel. Le règlement du 8 mars 1923 établit deux catégories d'état exceptionnel :

1. — L'état exceptionnel.

2. — L'état de guerre.

L'état exceptionnel est déclaré :

a) quand il y a des émeutes contre-révolutionnaires ou des attentats contre le pouvoir ;

b) quand l'insoumission aux ordonnances menace de devenir générale ;

c) au cas d'attentat répété à la vie et aux biens des citoyens ;

d) au cas de catastrophes imprévues.

L'état de guerre est déclaré :

a) quand la localité sert de champ d'action militaire ;

b) au cas où les mesures exceptionnelles ne suffisent pas.

Les mesures, prises en ces cas, renforcent la dictature habituelle de l'administration et ont pour conséquence une restriction encore plus grande des libertés individuelles. Ces mesures peuvent être prises par l'administration départementale, au besoin, sans le consentement préalable du pouvoir central.



L'alégalisme soviétique provient de l'antagonisme entre l'ensemble des normes juridiques, qui formaient le droit objectif du pays et les nécessités, tout à fait contradictoires, du pouvoir. Ainsi s'explique pourquoi il existe encore, dans certaines régions un droit civil coutumier et secret qui réglemente les rapports entre les personnes à l'insu du pouvoir étatique.

Mais cet antagonisme est destiné, à notre avis, à diminuer par une adaptation progressive d'un élément à l'autre. M. Duguit constate avec raison que tout le droit étatique de l'U. R. S. S. est un amas de règles constructives, n'ayant pas comme support de vraies règles normatives. A leur tour, les lois constructives, par une longue application, ont une certaine influence dans la création du droit objectif. Ainsi, peu à peu nous assistons au phénomène qui consiste dans l'éclosion, en U. R. S. S. ; des vraies normes juridiques, déterminées elles-mêmes par les lois constructives appliquées depuis quinze ans. La nouvelle génération est élevée exclusivement sous le signe du droit étatique. Il est possible qu'elle ne connaisse bientôt plus d'autres normes juridiques que celles qui ont leur source dans le droit du pouvoir.

D'un autre côté, le pouvoir, par l'affermissement de sa situation, par son intérêt de se maintenir, sera forcé de se limiter de plus en plus. Ainsi, le chemin parcouru de l'arbitraire de 1918 à la doctrine de conformité au but, et d'ici aux essais d'une légalité révolutionnaire, prouve que le système juridique n'est pas complètement insusceptible de transformation dans la voie de la légalité.

L'alégalisme soviétique s'explique, dans une certaine

mesure, par la situation de ses promoteurs qui ont vécu la première partie de leur vie en exil, hors la loi et qui ont grandi dans la tradition de la révolution russe, dont l'origine est anarchiste et terroriste. Cette première empreinte révolutionnaire passera avec la génération qui l'a imprimée. Puis, la dictature soviétique n'est pas une dictature personnelle, bien que de temps en temps elle en prenne la forme. Elle n'est pas non plus la dictature des intérêts pour avoir toujours besoin de violence afin de se maintenir. Elle est la dictature d'une mystique, et si jamais cette mystique est adoptée par les gouvernés, la violence sera inutile.

D'un autre côté, la proportion des illettrés va toujours en diminuant ; une certaine instruction appelle de plus en plus les masses ignorantes à la vie publique. L'instruction fait toujours naître dans la conscience de l'individu, sinon un besoin de liberté, du moins un besoin de scruter le pouvoir qui le domine. Ainsi un contrôle de ce pouvoir naîtra automatiquement du fait que l'homme s'affirmera en tant qu'individu. Le pouvoir actuel en U. R. S. S. prétend agir dans l'intérêt de la classe unique. Cette classe, réveillée à la conscience publique, n'acceptera pas longtemps cette qualité de mineure dont les intérêts sont gérés par d'autres, sans son consentement ; elle n'acceptera plus l'idée que d'autres connaissent mieux ses intérêts qu'elle-même. De cette manière une démocratie s'imposera, une démocratie dont la forme est difficile à prévoir, mais dont l'avènement est certain comme une conséquence du progrès humain.

CHAPITRE II

La rupture de légalité.

15. — *La révolution.*

On emploie le mot révolution dans des cas tellement différents, qu'il est nécessaire de le définir clairement avant de l'employer. Nous nous bornerons à procéder à une analyse de cette notion au point de vue juridique, en cherchant à dégager l'acte révolutionnaire de tous ceux qu'on qualifie improprement comme tels.

A notre avis, la révolution est un acte, produit des nécessités d'ordre politique et social, qui consiste dans l'interruption de la légitimité étatique pour un moment déterminé. Cela ne veut pas dire que la révolution constitue une interruption de la vie du droit, mais seulement que le droit étatique, à un moment donné, cherche une refonte radicale, pour se mettre en conformité avec les nécessités de la vie sociale ou politique. Quand ces nécessités sont surtout d'ordre politique et ne peuvent être satisfaites dans les limites de la légitimité étatique, nous nous trouvons en présence de la révolution politique qui se traduit par un changement violent de la constitution de l'Etat. Toutes les révolutions, que l'histoire connaît jusqu'à ce jour, ont été surtout des révolutions politiques, quoiqu'elles aient pu cependant constituer un point de départ pour une large transformation sociale. Mais quand les nécessités

d'ordre social sont profondes et unanimement reconnues, quand le système juridique dans son ensemble ne correspond plus à ces nécessités, sans la satisfaction desquelles la vie étatique et la vie sociale elle-même seraient menacées, et quand une réforme des rapports sociaux n'est plus possible dans l'ensemble du droit étatique, dans ces hypothèses seulement, la révolution sociale est concevable.

Donc, juridiquement parlant, la révolution politique se résout par une interruption du droit public et la révolution sociale par une interruption de tout système juridique de l'Etat.

La révolution suppose un changement si net entre l'état juridique antérieur et l'état nouveau, qu'aucun lien de continuité apparente ne peut être établi entre eux. Ainsi, il est très difficile de comprendre, comment pourrait se réaliser une révolution sociale qui implique une transformation brusque de tous les rapports sociaux.

Dans la conception marxiste, d'après laquelle tous les rapports sociaux et toute l'évolution sociale en général sont déterminés par le régime juridique de la propriété et les rapports entre le capital et le travail, le changement du régime juridique de la propriété entraînerait nécessairement la transformation complète de tous les rapports politiques. Mais il est très possible que, par le regroupement des forces politiques entre les classes, la transformation du régime de la propriété s'accomplisse sans rupture de la continuité juridique, et les transformations récentes de la notion de propriété nous autorisent à en envisager la possibilité. Alors la transformation sociale, qui doit s'en suivre, sera l'œuvre, non de la révolution, mais d'une réforme ou d'une évolution lente. En ce cas la révolution sociale reste seulement comme un mythe.

La révolution politique apparaît comme la solution d'une crise d'ordre constitutionnel ; et l'on doit constater que jusqu'ici la plupart des crises de ce genre ont été résolues plus souvent par des moyens révolutionnaires que par le moyen d'une modification de la constitution d'après les règles prévues. Depuis 1789 les dix constitutions de la France ont été, presque toutes, réformées par des révolutions.

Comment se fait-il que la révolution, tout en étant une rupture de légalité dans le sens étatique, ou pour employer l'expression plus exacte de M. Hauriou, *une rupture de légitimité*, elle ne constitue pas moins un point de départ de légitimité non contesté ? En France, par exemple, tous les partis, même ceux qui s'intitulent les partis d'ordre, se réclament de la grande Révolution et empruntent leur terminologie au grand bouleversement politique et social qui a suivi 1789(1). Comment s'expliquer que la révolution, tout en constituant une interruption de l'équilibre et de la tradition, devient une source d'équilibre et de tradition ? En dehors du besoin d'ordre et de tranquillité, le phénomène s'explique par le fait que la révolution, à la différence du coup d'Etat, n'est pas un acte juridique fortuit. Elle n'est que l'éclatement d'une réalité juridique qui ne pouvait être contenue dans les formes étroites de l'Etat antérieur. Elle n'est que la confirmation, par des moyens extra-juridiques, d'un droit objectif en opposition flagrante avec le droit étatique existant.

La révolution ne se fait pas seulement au moment où

(1) Cf. G. Bouglé, *Les socialismes français*, Paris, Armand Colin, 1932, p. 57 et Curtius, *Essai sur la France*, Grasset, 1931, p. 150 et suiv.

la violence éclate ; elle se fait pendant toute la période d'éclosion de ces normes juridiques dont la réalisation fait l'objet de la révolution. « La bourgeoisie, dit M. Maxime Leroy, n'est pas née dans une salle de jeu le 20 juin 1789, à la voix de Bailly faisant prêter aux députés le serment de ne pas se séparer avant d'avoir donné une constitution à la France. Bailly faisait la révolution juché sur une table, il ne fut écouté que parce que la bourgeoisie était juridiquement, depuis des siècles, la Révolution en face de la Monarchie et de la Féodalité » (1).

La révolution n'a jamais été une force sans droit, comme dans le cas d'un coup d'Etat. Les constituants révolutionnaires, il est vrai, ne sont pas investis de leurs pouvoirs d'après le droit étatique, mais ils représentent toujours un droit existant dans la société et méconnu par le droit étatique. Leur puissance vient du fait qu'ils sentent derrière eux la majorité des hommes du pays, voulant imposer leur volonté en conformité avec ces notions du droit.

« Si l'opération constituante, disait M. Hauriou, s'accomplit volontiers avec la rupture de continuité du droit de l'Etat et avec participation d'un pouvoir majoritaire révolutionnaire, par rapport au pouvoir normal de l'Etat, cela ne signifie point qu'elle se fasse sans droit et s'accomplisse comme un pur fait historique, cela signifie qu'elle fait appel au droit révolutionnaire qui subsiste par-dessus la légitimité du droit de l'Etat (2) ». Pour M. Hauriou, la révolution n'est que la solution d'une crise de légitimité du droit par une rupture dans la continuité du droit étatique.

(1) M. Leroy, *op. cit.*, p. 44.

(2) Hauriou, *Précis*, p. 282.

Si la rupture de la continuité se fait par une illégalité au point de vue de la légalité formelle, elle ne constitue pas, dans le cas de la vraie révolution, une illégalité au point de vue de la légalité matérielle, du moment qu'elle se fait en conformité avec le droit objectif. Lorsque Napoléon III déclarait qu'il était sorti de la légalité pour entrer dans le droit, il ne faisait qu'emprunter à la langue révolutionnaire cette expression qui n'était pas du tout applicable dans le cas où il l'a employée.

Révolution ne signifie pas non plus alégalisme. L'alégalisme est la doctrine naturelle de la dictature, c'est-à-dire du pouvoir autocratique de la force, tandis que la force de la révolution n'est fondée que sur son caractère majoritaire. Son but est de réaliser le droit conformément à la volonté de cette majorité. Si, entre la conquête du pouvoir et la réalisation de ce droit, intervient une *vacance de légalité*, celle-ci est toujours transitoire et n'est justifiable que dans la période d'organisation, c'est-à-dire la période d'adaptation du droit révolutionnaire au droit étatique. Si la période de vacance se prolonge au delà des limites strictement nécessaires à l'organisation, chose qui s'est souvent passée, nous sommes en présence d'une déviation révolutionnaire, qui consiste dans la confiscation de la révolution au profit d'une personne ou d'une oligarchie. Cette déviation est une des causes pour lesquelles la révolution est un moyen très dangereux de résoudre les crises. Au lieu de transformer le droit objectif en légalité formelle, elle peut aboutir à l'illégalisme.

Par le fait qu'elle oppose le droit objectif et la volonté d'une grande majorité à la volonté étatique, la révolution exprime par son essence une tendance de liberté politique. « La liberté politique, disait M. Hauriou, s'est intro-

duite dans les Etats modernes par les révolutions ». En effet, toutes les révolutions, que l'histoire connaît, se sont caractérisées par la liberté, que les citoyens ont manifestée en face du pouvoir avant la révolution et la reconnaissance de cette liberté par le droit étatique, après la réussite de la révolution. Au contraire, le coup d'Etat, même celui qui usurpe la phraséologie révolutionnaire, se caractérise par la suppression des libertés publiques.

Il faut donc se garder de confondre les coups d'Etat avec les révolutions. Le coup d'Etat est l'œuvre d'une minorité ; il n'a aucun rapport avec le droit, son but est de conquérir le pouvoir. Le coup d'Etat mène à la dictature, à l'oppression et à l'alégalisme, tandis que la révolution conduit à la liberté et à une nouvelle ère de légalité. Ainsi s'explique pourquoi les révolutions sont un point de départ dans la tradition juridique d'un pays, tandis que les coups d'Etat et les dictatures restent des faits historiques isolés, sans aucun rapport avec l'évolution du droit. Les partis de l'ordre peuvent se réclamer de la révolution, mais jamais de la dictature issue du coup d'Etat.

On dit que la révolution est une insurrection qui a réussi. Ainsi la révolution apparaît juridiquement comme une manifestation de ce *droit à l'insurrection* que les Déclarations des droits et les constitutions de l'époque révolutionnaire confirment dans leurs textes. Il consiste en ceci que les citoyens ont le droit de réclamer la réalisation du droit objectif par le pouvoir étatique ; et quand ce droit n'est pas réalisé et qu'on ne dispose pas de l'instrument politico-juridique nécessaire pour forcer le pouvoir à cette réalisation, alors ils ont la faculté de réaliser ce but par l'insurrection, ou, pour employer le langage de M. Hauriou, de déroger aux principes que nul ne peut se faire justice soi-même.

Ce serait une légitime défense qui justifie une illégalité formelle.

Mais cette justification est très relative. Si l'insurrection ne réussit pas, si le pouvoir étatique reste maître dans sa forme première, le prétendu droit à l'insurrection demeure sans effet juridique. L'insurrection sera appréciée d'après le droit étatique en vigueur, contre lequel le droit objectif s'est révolté sans succès ; les insurgés seront considérés comme rebelles. Cependant si l'insurrection a réussi, le nouveau pouvoir insurrectionnel est considéré comme légitime, ses actes sont légaux, non seulement au point de vue de la légalité matérielle et parce qu'ils sont en conformité avec le droit révolutionnaire, mais ils sont légaux au point de vue de la légalité formelle, parce qu'ils ont, dès le commencement, un fondement de texte, le texte constitutionnel qui reconnaît le droit à l'insurrection. Ainsi le droit à l'insurrection donne une justification formelle à la rupture de légalité mais seulement quand elle a réussi.

* * *

1. — *Réforme et Révolution*. — M. Saleilles écrivait : « Il est des heures dans l'histoire du peuple où l'évolution a besoin d'une secousse qui l'ébranle par en haut et qui lui imprime un nouvel essor. Cet essor ne peut lui venir que d'une large réforme législative. Les codes sont le produit de l'histoire mais en même temps ils la créent en lui imprimant une direction nouvelle (1) ». En quoi la réforme, « cette secousse qui ébranle par en haut » est-elle différente d'une

(1) R. Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique*, dans *Le Livre du Centenaire du Code civil*, t. I, p. 128.

révolution qui est toujours un ébranlement qui se fait par en bas ?

Dans son ouvrage sur la politique, Bluntschli dit que la réforme est un développement normal du droit, ou plus exactement, elle est une transformation qui rentre dans le développement normal du droit positif. Mais ce développement n'est pas toujours possible et alors la révolution se produit : « 1^o quand les formes de l'Etat sont en contradiction avec la situation et les vœux de la nation et 2^o quand il n'existe aucun moyen légal de donner satisfaction aux souffrances, c'est-à-dire quand il faut user de violence pour sortir d'une situation devenue impossible ». Dans ces cas, dit Bluntschli, « la réforme devient paresseuse ou nulle » et alors « la vie trop longtemps contenue, fait une violente irruption » (1). Mais Bluntschli omet encore une troisième cause possible de révolution : quand les formes de l'Etat sont en contradiction avec les intérêts et les aspirations de la nation et que, bien qu'il existe des moyens légaux de satisfaire ces aspirations, la classe, qui détient légalement le pouvoir, s'y refuse.

Quand ces vœux existent et que le gouvernement a la force de résister, les vœux continuent de subsister jusqu'à ce qu'ils deviennent insupportables ou jusqu'à ce qu'ils groupent autour d'eux la plus grande force. Il est possible que, dans ce cas, la résistance du gouvernement soit évincée par la force adverse ; et nous avons la révolution. Enfin il est possible que les gouvernants, devant la menace de la force et pour éviter une rupture de continuité de droit dont ils tirent les plus grands avantages, se décident à une réforme qui constitue pour eux une concession ou un

(1) Bluntschli, *La politique*, p. 131 et suiv.

partage de leur propre pouvoir ; dans ce dernier cas, nous avons la réforme.

Toute réforme politique et sociale n'est, en dernière analyse, que la concession faite par les détenteurs du pouvoir aux forces sociales adverses. « On ne saurait se dissimuler, écrit un éminent juriste, que ni le sentiment de la justice sociale, ni les incitations de la science économique, ni la poursuite du progrès et l'intérêt national, ne sauraient être des facteurs décisifs et permanents des législations sociales à l'encontre des intérêts de classe. Tout cela n'aurait pas amené la classe bourgeoise capitaliste et salariale à donner à la classe ouvrière et salariée des armes juridiques si elle fût exclusivement détentrice du pouvoir politique » (1).

Sous le régime constitutionnel, théoriquement, une réforme est toujours possible pour éviter la révolution. Cette réforme se fait d'habitude par la modification constitutionnelle, par des procédures de révision qui permettent l'élaboration d'une constitution nouvelle se rattachant par continuité à l'ancienne. Mais les détenteurs du pouvoir se décident très difficilement à abandonner la domination que leur assure la constitution, et c'est pour cela que la révision constitutionnelle ne se fait que sur des questions de détails. D'habitude, la procédure des modifications constitutionnelles est arrangée de telle manière que « par une secrète logique » la classe qui détient le pouvoir en garde toujours la commande (2).

*
* *

(1) Georges Scelle, *Le droit ouvrier*, Armand Colin, 1922, p. 12.

(2) Cf. Hauriou, *op. cit.*, p. 283.

La révolution politique n'implique pas une révolution sociale ni même alors que, par la révolution, une classe dominée aboutit à remplacer la classe dominante.

Une classe maîtresse de l'Etat, instinctivement, veut légiférer dans son intérêt exclusif. Mais il n'est pas arrivé jusqu'ici, qu'à la suite d'une révolution, une classe devienne la maîtresse exclusive de l'Etat ; elle peut tout au plus obtenir une prépondérance ou une domination sociale et politique sur les autres classes, mais non un accaparement exclusif du pouvoir. Le pouvoir révolutionnaire procède par voie de réformes diverses où l'intérêt de la classe victorieuse est protégé davantage, mais il est limité, dans la voie des réformes, par la force des autres classes. Ainsi la bourgeoisie, issue victorieuse de la grande Révolution, a fait une série de réformes où son intérêt était prépondérant ; mais toutes ces réformes avaient une solution de continuité avec le droit étatique antérieur, tout en étant conformes au droit révolutionnaire. La révolution de 1848 croyait, après sa victoire, détenir la totalité du pouvoir dans l'Etat et voulut se transformer en révolution sociale ; son échec lui infligea rapidement un démenti. M. Tibal rappelle qu'en 1919, après la révolution populaire allemande, le *Frankfurter Zeitung* conseillait ironiquement qu'on placarde dans la salle d'assemblée de Weimar : « N'oubliez pas que le peuple allemand a fait une révolution », tellement les victorieux révolutionnaires étaient peu sûrs de leur pouvoir et peu courageux dans la voie des réformes à faire dans l'intérêt de leur classe (1).

(1) A. Tibal, *Evolution constitutionnelle et parlementaire des Etats européens depuis 1918*. Cours à la Fondation Carnegie de Paris, 1930-1931, p. 309.

Mais, même si, par la révolution, une classe sociale aboutit à la conquête définitive et exclusive du pouvoir, cette conquête révolutionnaire suppose qu'elle a été faite par une immense majorité contre une minorité insignifiante ; autrement on ne peut pas parler de conquête exclusive de l'Etat. Supposons que la classe ouvrière devienne maîtresse de l'Etat et, devant une minorité absolument négligeable, institue ce qu'on aime appeler la *dictature du prolétariat*. Comment ferait-elle la révolution sociale ? Toujours par voie de réformes, c'est-à-dire par voie de continuité avec le droit étatique existant.

En effet, dans notre hypothèse le prolétariat se confond, ou presque, avec l'ensemble de la population, avec la société même. Cette société, même si la division en classes est supprimée, est réglée par un droit, produit historique de la vie en commun. L'essentiel de ce droit social est entré dans le droit étatique. Supprimer, même pour un moment, ce droit, qui régit les rapports sociaux de toutes sortes, ce serait supprimer la vie sociale ; ce ne serait pas vacances de légalité, ce serait l'anarchie. La révolution sociale, créant d'un jour à l'autre une vie sociale nouvelle, par la refonte radicale du système juridique, sans solution de continuité, est inconcevable au point de vue juridique. Cette utopie se rattache à la vieille illusion jacobine concernant la vertu créatrice de la loi (voir n° 5).

Si le bolchevisme était une vraie révolution prolétarienne, dans le sens que nous avons défini, il n'y aurait pas eu lieu d'essayer la révolution sociale, comme il l'a essayée, par une rupture complète avec le droit antérieur. Le fait qu'il l'a essayée est une preuve de son manque de rapports avec la population du pays. Le fait que son essai a échoué prouve l'impossibilité de créer une société nouvelle

de toutes pièces, d'un jour à l'autre, par des coups de décrets. En effet, beaucoup de dispositions de la législation soviétique en contradiction flagrante avec les traditions de la société où elles devaient s'appliquer, sont restées seulement comme une pétition de principes, exemple d'une expérience non réussie. Comme nous l'avons vu, un droit coutumier clandestin et traditionnel règle encore les rapports juridiques des individus en dépit du droit étatique nouveau (1).

Il paraît que depuis 1922, depuis la *Nep*, les gouvernants soviétiques se sont rendus compte de l'impossibilité de réaliser leur tâche révolutionnaire et se sont retournés à la voie des réformes. Les résultats très relatifs prouvent, encore une fois, qu'on n'interrompt pas impunément la continuité des traditions juridiques.

*
* *

2. — *Révolution et violence*. — Dans la conception vulgaire, l'idée de révolution s'allie toujours à l'idée de violence. Le fait provient du sens littéraire qu'on donne au mot révolution et surtout de l'abus qu'on en fait en l'employant pour désigner des actes de pure violence, tels que les coups d'Etat et les dictatures, lesquels n'ont en rien le caractère des révolutions. Ainsi voyons-nous, par exemple, comment la dictature italienne depuis dix ans ne cesse de s'intituler la révolution fasciste.

Pourtant la notion de révolution n'implique pas nécessairement celle de violence. On peut citer des révolutions qui se sont faites sans violence et d'autres, qui après leur réussite, ont observé l'ordre le plus complet et la plus parfaite légalité.

Nous nous permettons d'affirmer que la révolution est,

(1) Cf. Mirkine Guetzevitch, *op. cit.*

non seulement la violence, mais au contraire, juridiquement, c'est le droit qui lutte contre la violence. Nous parlons, bien entendu, de la véritable révolution. Elle n'existerait pas si le pouvoir, reconnaissant le droit, ferait les concessions en conformité avec lui. Mais parce que le pouvoir s'obstine à maintenir un droit étatique n'ayant plus qu'une valeur formelle, devant l'éclatement d'un droit social contraire, parce que ce conservatisme ne se maintient que par l'appel à la violence, la révolution a le rôle d'écarter cette violence pour rentrer dans le droit.

Avec l'avènement du régime démocratique on peut espérer que l'ère des révolutions est close. La démocratie est le système qui organise les concessions que les gouvernants font aux gouvernés, suivant le rapport des forces entre les premiers et les seconds. La révolution suppose un renversement du rapport des forces. La technique du système démocratique permet que ce changement de rapport se fasse sans rupture de continuité juridique, donc sans révolution proprement dite. Ainsi le parti socialiste est dans la logique de l'esprit du droit public moderne quand il parle de la *conquête du pouvoir* par la voie parlementaire, mais il s'écarte de cette logique quand il parle de la révolution.

Il est arrivé quelquefois que la révolution eût besoin d'employer la violence, mais cette violence ne fût employée que pour réaliser le but de la révolution, tant qu'elle n'avait pas encore complètement réussi. Nous ne parlons pas ici des déviations de la révolution, mais du cas où elle suit son cours normal. Nous n'avons qu'à rappeler les violences de la Révolution française, la terreur que certains auteurs ont confondue avec la Révolution même. Il paraît que les hommes de la Révolution s'étaient écartés du but de la

révolution qui était de réaliser le droit pour assurer la dictature et l'alégalisme. « Les hommes de 1792 et 1793, écrit M. Aulard, on les a appelés renégats des principes de 1789 (La Déclaration des Droits). Oui, ils violèrent momentanément la liberté de la presse, la liberté individuelle, les garanties de justice parce que la révolution était en état de guerre contre l'Europe ; ils furent contre l'ancien régime au profit du nouveau ; ils le firent pour sauver les principes essentiels de la Déclaration. Mais ce qu'on ne dit pas, c'est que les premiers ils appliquèrent ces principes essentiels, égalité de droit, souveraineté de la nation, en établissant le suffrage universel et la république, en organisant, en faisant fonctionner une démocratie » (1).

Entre l'ordre ancien et l'ordre nouveau, la révolution emploie la violence pour se maintenir. Mais cette violence n'est que passagère. « *Les vacances de légalité* » ne sont pas de l'essence de la révolution ; elles ne sont excusables qu'en tant qu'imposées par la nécessité du passage d'une légalité à une autre. Nous avons noté plus haut (n° 12) comment M. Aulard, étudiant la doctrine révolutionnaire des hommes de 1793, constate que à l'exception de Marat, qui faisait l'apologie de la dictature, tous les autres repoussaient le principe de la violence et ne considéraient la terreur que comme une mesure transitoire, imposée par la nécessité de sauver la révolution. Les buts de la révolution ne pouvaient être considérés que comme un renforcement de la liberté humaine.

En Espagne, après la victoire révolutionnaire d'avril 1931, le pouvoir sorti de la révolution, non seulement ne

(1) Aulard, *Histoire politique de la Révolution*, p. 46.

se réclame pas de la violence, mais un gouvernement fort et parfaitement légal, émanation de la volonté majoritaire librement exprimée par élection, se donne toutes les peines pour empêcher la violence, non de l'ancien régime, mais des éléments qui se prétendent être plus avancés.

CHAPITRE III

La fausse nécessité.

16. — *Le coup d'Etat.*

Bien que le coup d'Etat ressemble extérieurement à la révolution, entre ces deux notions il y a une différence fondamentale en ce qui concerne les causes, les moyens et les résultats ; on peut dire qu'il y a une différence de nature juridique.

Tout coup l'Etat se fait sous prétexte de nécessité, mais en dernière analyse sous cette nécessité se cache le désir : de conquérir le pouvoir par celui qui ne l'a pas, de le conserver par celui qui le détient mais qui le sent chancelant.

C'est à ceci que se réduit la vraie signification du coup d'Etat. A la différence d'une révolution, il a son but dans le fait même. Comme la révolution, le coup d'Etat se résoud par un changement de la constitution sans solution de continuité du droit étatique ; mais tandis que la révolution se fait dans un but de droit, — celui d'intégrer le droit révolutionnaire dans le droit étatique, — le coup d'Etat se fait sans considération de droit à réaliser. Il est un simple fait politique, un fait de violence sans autre rapport avec le droit, que celui de sa négation.

La révolution est un mouvement majoritaire, national presque, tandis que le coup d'Etat est un mouvement mino-

ritaire. Mais ce n'est pas tout ou, mieux encore, d'ici découleraient des conséquences considérablement différentes pour la vie du droit.

On peut donc définir le coup d'Etat comme un fait illégal de violence, fait par une personne ou une minorité, dans le but, ou de s'emparer du pouvoir, ou de le conserver autrement que par les voies légales prévues dans la constitution du pays.

Le coup d'Etat se fait toujours à l'aide de la puissance militaire qui est à la disposition de celui qui le fait. Il y a deux catégories de coup d'Etat : la première suppose que celui qui le fait est étranger au pouvoir qu'il veut conquérir, et la deuxième suppose qu'il est fait par celui qui détient légalement le pouvoir, mais parce qu'il voit ce pouvoir lui échapper. Dans les deux cas la puissance militaire est indispensable ; dans le premier, c'est une armée spécialement organisée, mercenaire ou associée au bénéfice du pouvoir une fois conquis ; dans le deuxième, c'est l'armée régulière de l'Etat, qui est à la disposition, non de la nation, mais de la personne ou de la minorité détentrice du pouvoir. C'est donc une indication presque infaillible, qu'alors que, dans une rupture constitutionnelle, la puissance militaire est directement ou indirectement mêlée, il ne s'agit pas d'une révolution mais d'un coup d'Etat.

L'avènement d'un coup d'Etat suppose toujours un pouvoir étatique faible. Dans le cas d'un coup d'Etat porté de l'extérieur du pouvoir, le fait est très compréhensible : autrement il ne pourrait même être conçu. Dans le cas où il est porté par le pouvoir étatique même, il faut que le détenteur du pouvoir sente l'état précaire de sa situation personnelle. Dans ce dernier cas, les coups d'Etat sont plus fréquents dans les démocraties et surtout dans les démo-

craties récentes (1). Le phénomène s'explique d'abord par l'absence d'éducation civique des gouvernants et des gouvernés à la fois. Du côté des gouvernants, ceux-ci, dans les démocraties nouvelles, ne sont pas encore suffisamment pénétrés du caractère représentatif de leur situation et confondent leurs fonctions avec un pouvoir personnel. Ainsi, soit que la fonction qu'il occupe tend vers la fin, soit que le pouvoir qu'il détient en vertu de cette fonction est limité par la constitution du pays, le détenteur ne se console pas si facilement de voir son pouvoir cesser ou fléchir. Il voit fléchir ce pouvoir par le manque de confiance des gouvernés, et pour parer à une déchéance certaine, il tâche de le consolider et de l'affermir par un coup de violence. Ainsi se vérifie l'axiome de Montesquieu, que tout détenteur du pouvoir a une tendance naturelle à en abuser. A cet abus, l'esprit de résistance des gouvernés, non encore formé dans les pays nouvellement appelés à la démocratie, n'oppose pas une limite assez forte. Le potentat brise la constitution contre la volonté du pays parce que cette volonté n'a pas encore l'habitude de se manifester. Ainsi voyons-nous dans certaines démocraties nouvelles, comme par exemple les républiques latines de l'Amérique du Sud, les coups d'Etat se succédant comme les saisons.

Mais, il arrive quelquefois que les coups d'Etat se produisent dans des pays où, d'habitude, l'esprit public est suffisamment éduqué. C'est qu'alors, celui qui fait le coup d'Etat compte sur une certaine lassitude, une certaine fatigue de l'esprit public. Ainsi le coup d'Etat du 18 brumaire a été fait dans un moment psychologique admira-

(1) Cf. Lénine, *op. cit.*, p. 103.

blement choisi. La France se trouvait avoir fini une longue révolution qui l'avait fatiguée. Après sept ans de guerre contre l'Europe, elle voulait la paix, mais une paix dans laquelle elle ne perde rien des conquêtes de la révolution. C'est cette nécessité de paix, de tranquillité que Bonaparte a utilisée pour faire son coup d'Etat (1). La France trop fatiguée n'a pas pu protester. De même le 2 décembre 1851, de même en Italie après 1922.

Au contraire, quand l'esprit public résiste, toute la force militaire, dont les gouvernants disposent, est insuffisante ; le coup d'Etat essayé est fatalement manqué, comme furent le coup d'Etat de Charles X en 1830 et le coup d'Etat essayé récemment par le gouvernement présidentiel du Reich.

Dans ces deux exemples, à côté de la force armée le motif invoqué était le fameux état de nécessité pour le salut de l'Etat. Or, dans les deux cas, l'Etat a été sauvé quoique les mesures illégales, qui constituaient le coup d'Etat, aient été écartées. C'est que Charles X, non content du pouvoir légal que lui laissait la Charte de 1814, confondait la nécessité de l'Etat avec la nécessité d'affermir son pouvoir. La révolution de Juillet n'a été qu'un brutal démenti à la conception royale de nécessité. Depuis sa réélection d'avril 1932, le président du Reich allemand profitant de l'état d'incertitude dans lequel se trouve depuis pas mal de temps l'opinion de son pays, essaie de faire un coup d'Etat au profit de la caste dont il fait partie. Un gouvernement personnel fait figure de dictature à l'abri du droit de nécessité. Son chef parle de la « faillite de la démocratie aux yeux de l'his-

(1) Cf. L. Madelin, *Le Consulat et l'Empire*, Hachette, 1932, p. 25.

toire et de la nation allemande » (1). Les mesures non constitutionnelles se succèdent sans pourtant déclarer une rupture complète de la continuité constitutionnelle, bien que la force armée reste à la disposition du pouvoir. Mais l'opinion publique résiste. Le peuple, même si c'est par la bouche de Hitler, ose affirmer que ce que le gouvernement considère comme une nécessité pour le salut de l'Etat, n'est que dans le but de conserver le pouvoir à certaines personnes (2). La Cour suprême de justice de Leipzig dans son arrêt du 25 octobre 1932 n'hésite pas à déclarer illégale la mesure par laquelle le gouvernement du Reich écarte le gouvernement de Prusse légalement investi du pouvoir. Enfin les élections du 6 novembre 1932 constituèrent une réaction si puissante de l'opinion publique, que le président du Reich fût forcé de reprendre la voie de la légalité avec son autorité diminuée et son pouvoir affaibli.

Charles X a perdu son pouvoir après 1830, le président du Reich garde le sien après l'échec de son essai. Ce n'est pas la première fois — et probablement ni la dernière — depuis l'avènement de la démocratie, que celui qui a essayé par la violence d'enfreindre la loi fondamentale de son pays, garde le pouvoir après un coup d'Etat manqué. Cela prouve que la démocratie n'est pas encore suffisamment organisée pour parer les coups que lui porte la dictature.

* * *

(1) *Le Temps* du 14 septembre 1932.

(2) Dans son discours prononcé à Munich le 22 octobre 1932, Hitler n'a pas hésité de proclamer que : « Ce que M. Von Papen considère comme l'Etat, qu'il faut sauver, est, d'après des millions d'Allemands, un mal qu'il faut éliminer. » *Le Temps* du 26 octobre 1932.

Fait de violence sans droit, le coup d'Etat réussit, fait place à un gouvernement dont la base est la violence et se maintient au mépris du droit.

Il y a des coups d'Etat faits par des personnes hors du pouvoir qui invoquent une nécessité, non de conservation, mais de transformation de l'Etat. Ceux-ci ressemblent plutôt aux révolutions dont ils usurpent le nom, mais ils ne sont en réalité que de véritables coups d'Etat. Pour les reconnaître il faut les examiner d'après les éléments que nous avons indiqués plus haut, c'est-à-dire : 1^o l'absence de légitimation populaire, 2^o une puissance minoritaire qui emploie la violence sous forme militaire, et surtout, 3^o le maintien du régime de la violence après la réussite du coup de force. Le bolchevisme et le fascisme s'intitulent orgueilleusement de Révolution, bien que ni l'un, ni l'autre n'aient de la révolution qu'un seul élément secondaire : la violence.

S'il y a un coup d'Etat moderne qui ressemble à celui du 18 brumaire an VIII par les circonstances spéciales de sa réussite, c'est le bolchevisme. Le peuple russe était las de la guerre. Le pouvoir du Tzar n'a pu lui inspirer, jusqu'à la fin de la guerre, la confiance nécessaire pour soutenir son enthousiasme premier. Le bolchevisme offrait la paix ; il n'était accepté que comme tel. Le mouvement bolchevique, son idéologie était presque ignorée par les masses populaires. L'avènement du bolchevisme au pouvoir, le 7 novembre 1917, fut un coup de force non populaire, œuvre de quelques chefs, avec les secours des militaires et des marins de Pétrograd las de la guerre et tentés par le pacifisme d'une minorité. Comme dans le coup d'Etat du 18 brumaire, la dissolution de l'Assemblée constituante est faite par la force militaire. Le gouvernement bolchevique

débute par la violence et se maintient en 1917 par une force armée, fondée plutôt de mercenaires étrangers et non socialistes. Aucune attache ne liait cette prétendue révolution aux aspirations populaires. Il n'est pas admissible qu'une minorité, isolée dans la masse de la population, étrangère à ses vœux, même injuste, s'arroe le droit de dire : nous sommes la révolution. Le mouvement bolcheviste peut avec le temps déterminer une révolution politique, peut déclencher une transformation sociale profonde, mais il reste à son origine, non une révolution, mais un coup d'Etat usurpateur.

En ce qui concerne le coup d'Etat fasciste, nous avons eu quelque hésitation s'il fallait le classer dans la catégorie des coups d'Etat extérieurs du pouvoir étatique ou dans celle des coups d'Etat conservateurs du pouvoir. Nous inclinons vers la deuxième solution bien que l'histoire du mouvement fasciste et sa dénomination de « révolution » prête à une confusion. En effet, le chef du fascisme a reçu l'investiture du pouvoir, légalement, de la part du roi à un moment où il s'attendait le moins et quand la crise sociale était presque surmontée. Le fascisme, en s'installant au pouvoir en 1922, bien que d'une façon un peu irrégulière, n'entendait pas rompre la continuité constitutionnelle qui était la source de son pouvoir. Il avait fait, avant le pouvoir, l'apologie de la violence et du coup d'Etat, mais, une fois au pouvoir, il commence de concilier sa conservation avec la légalité constitutionnelle. Son premier acte fut de rassurer l'opinion publique en formant un ministère de personnages empruntés à tous les groupes politiques. Le mot d'ordre était : « La pacification du pays, restauration de la légalité et revalorisation des institutions constitutionnelles ».

Mais le pays légal ne voulait pas d'un pouvoir qui n'ins-

pirait aucune confiance. Conserver légalement le pouvoir n'était plus possible. Alors le fascisme sort de l'arsenal l'arme de toutes les dictatures : le droit de nécessité. L'équivoque commence : le 7 mars 1923, M. Mussolini prononce au ministère des Finances ces paroles qui constituent un pas de plus vers le coup d'Etat : « On pourrait se demander pourquoi tant d'hommes en armes ? Je déclare que je veux gouverner si possible avec le consentement des citoyens, mais en attendant que ce consentement se forme, s'alimente et se fortifie, je garde à ma disposition le maximum de forces possible. Car il peut arriver par aventure que la force fasse retourner le consentement et parce que, en tout cas, il y a la force si le consentement manquait ».

Mais, à ce moment, le coup d'Etat n'était pas encore définitif. Le pouvoir espérait encore se maintenir dans la légalité. Il se contentait de violences et d'illégalités partielles, mais n'osait pas encore déclencher la rupture définitive.

Après l'assassinat de Mattéotti en 1924, il semblait qu'une opinion publique avait réussi à se former contre le pouvoir. Le fascisme a peur et l'opportunisme lui commande de faire un pas en arrière. Après la « sécession » de l'opposition en 1924, M. Mussolini prononce un discours où il dit : « Quel sera mon programme ? J'ai déjà dit et je le répète : c'est mon intention de ne pas émettre pour l'avenir des décrets-lois, parce que si le gouvernement fait lui-même des lois, la Chambre n'a plus rien à faire. Rentrer dans la légalité absolue, réprimer l'illégalité, épurer le parti. Je suis disposé à poursuivre une politique de conciliation nationale, à oublier le passé, à oublier toutes les luttes du passé. »

Ce n'est pas le langage de l'homme qui prépare un coup d'Etat. C'est qu'en ce moment « la nécessité pour le salut

de l'Etat » ne réclamait pas le coup d'Etat, parce que le fascisme ne se sentait pas encore assuré sur sa force armée pour le tenter. Mais, lorsque ce moment est venu, quand M. Mussolini est sûr de cette force, quand légalité signifie fin de son pouvoir, la constitution cesse d'être « sacrée », et alors, en 1926, prend naissance la véritable législation fasciste qui attribue l'Etat italien, comme une chose à la disposition du parti fasciste et de son chef. Ainsi le coup d'Etat fasciste constitue le moins loyal des actes de violence que l'histoire politique moderne connaisse.

Le fascisme, comme le bolchevisme, ne sont pas des révolutions parce que tous deux ont usurpé le pouvoir légitime, non pour réaliser une légalité plus conforme au droit, mais pour conserver le pouvoir usurpé à son propre profit et parce, que comme dit Masaryk : « La révolution doit être une entreprise défensive, non pas une agression usurpatrice (1).

*
* *
*

1. — *Le Césarisme*. — Tout coup d'Etat mène à la dictature. Il semble qu'un sort fatal décide que tout régime, qui s'est introduit dans le pouvoir par la violence, soit destiné de s'y maintenir basé sur la violence et de disparaître dès que la violence ne peut plus s'exercer. Il n'y a plus de retour possible au régime du consentement démocratique. Toutes les dictatures qui ont essayé ce retour vers le droit en sont mortes. Le vrai dictateur doit connaître ce principe et, s'il veut durer, il ne doit jamais renoncer à la violence. Le plus récent exemple nous l'avons eu en Espagne où la dictature agonisante a voulu prolonger

(1) Masaryk, *Sur le bolchevisme*, Genève, 1921, p. 21.

ses jours par un retour vers le légalisme. L'essai lui fut naturellement fatal.

Mais il existe un coup d'Etat spécial, dont le résultat est le césarisme et qui se caractérise par une dictature couverte sous une fausse acceptation populaire. M. J. Barthélemy a su discerner et clairement exposer la différence qu'il y a entre le césarisme et les autres catégories de dictature, surtout le fascisme (1).

Le coup d'Etat, qui caractérise le césarisme, consiste dans le fait que l'investiture du dictateur avec le pouvoir étatique, si elle n'est pas dans la ligne formelle de la constitution, est légitimée par l'assentiment populaire. Bien que légitimée, la rupture constitutionnelle provoquée par le César, reste toujours un coup d'Etat et il ne vient à l'esprit de personne de l'appeler révolution. Porté au pouvoir par la démocratie, le césarisme reste une dictature anti-démocratique et n'a de la démocratie que l'apparence.

En effet, le coup d'Etat césarien constitue une déformation et un escamotage de la démocratie et, si l'on peut employer cette expression du droit pénal, un abus de confiance populaire. Il suppose un concours de circonstances qui réunisse deux éléments : d'abord un état de lassitude dans l'opinion publique et, secondement, l'existence d'une personne qui jouisse d'un prestige exceptionnel et de l'entière confiance populaire. Si cette personne veut, elle a l'occasion d'utiliser son prestige et la confiance publique pour faire un coup d'Etat sans avoir à mettre en œuvre trop de puissance militaire. Voilà en ligne générale l'origine du césarisme. Le césarisme rappelle l'antiquité où il constituait la forme la plus primitive de l'instinct démocratique. Le

(1) Cf. J. Barthélemy, *La crise de la démocratie...*, p. 17 et suiv.

peuple s'imagine être libre quand il confirme lui-même son dictateur.

Depuis la révolution, le césarisme se complique avec l'idée de souveraineté populaire et l'idée du mandat. Les deux Césars sortis de la révolution, Napoléon I^{er} et Napoléon III, ont eu la prétention d'exprimer la souveraineté nationale en vertu du mandat populaire donné par la voix de plébiscite. En effet, les deux ruptures constitutionnelles qui se sont produites en France à la suite du 18 brumaire an VIII et du 2 décembre 1851 ont été approuvées par le suffrage populaire.

Le dictateur césarien se pose en défenseur des libertés publiques. Le prétexte du coup d'Etat de Louis Napoléon est une loi du 31 mars 1850 qui décidait la restriction du suffrage universel. Les transformations constitutionnelles qui érigent le César en maître souverain de l'Etat sont, ou ratifiées par un plébiscite, comme fut le cas de Bonaparte, ou seulement autorisées par un plébiscite, comme fut le cas de Louis Napoléon.

Les actes du pouvoir du dictateur césarien sont toujours formellement autorisés ou ratifiés par le suffrage populaire. Sous Napoléon III le peuple français avait, formellement, à sa disposition un droit de suffrage universel et direct, mais quand il s'agissait de mettre en œuvre ce suffrage pour apprécier les actes du pouvoir, le vote populaire n'était qu'une mystification sous laquelle se cachait la violence du gouvernement. Ainsi, si le gouvernement césarien commence son pouvoir par un consentement populaire soustrait dans des circonstances spéciales, il ne se maintient que par la force cachée derrière un consentement truqué de la sorte. L'hommage que le gouvernement césarien rend à la démocratie est un hommage hypocrite.

Une fois engagé dans la voie de la violence, le césarisme, comme toute dictature, ne peut plus retourner dans la voie de la vraie démocratie sans se perdre. Ainsi nous ne sommes pas d'avis : « que le césarisme français contenait en lui-même la possibilité du retour progressif vers la liberté démocratique » (1). Quelquefois le dictateur césarien, voyant sa puissance chanceler et poussé à conserver ce qui lui en reste, se voit obligé à faire des concessions réelles à la liberté démocratique, comme le fit Bonaparte le 22 avril 1815 par son acte additionnel, et Louis Napoléon le 21 mai 1870 par « la constitution de l'empire libéral ». Mais ces actes de libéralité faits à la démocratie deviennent inutiles. A ces deux dates, les deux Césars étaient déjà virtuellement tombés.

Le coup d'Etat tenté dernièrement en Allemagne et dont nous avons parlé plus haut, a essayé de revêtir la forme d'une dictature césarienne, couverte par l'assentiment populaire. En effet, conformément à la constitution de Weimar, le Président du Reich est élu pour quatre ans par le peuple qui s'exprime au moyen du suffrage universel. Récemment, le Président allemand, à l'aide d'un gouvernement personnel, a tenté de s'arroger un pouvoir dictatorial dans l'Etat, fondé sur l'assentiment populaire de son investiture et à l'abri des nécessités de toutes sortes qui se sont fait jour en Allemagne à cause de la crise économique. Il semblait que la réussite était sûre, étant donnée la dissension des partis politiques en Allemagne et l'impossibilité de former une majorité. La tentative a néanmoins échoué parce que le résultat des élections des 31 juillet et 6 novembre 1932 ont désapprouvé le Président de s'être

(1) J. Barthélemy, *op. cit.*, p. 19.

engagé dans la voie de la dictature. Une approbation de la part du Corps électoral aurait été suffisante pour déclencher la dictature césarienne. Mais le gouvernement allemand ne disposait pas de l'organisme dont disposaient les deux Napoléon pour mystifier la volonté du corps électoral, et la force militaire à sa disposition était insuffisante pour constituer une dictature simple, basée seulement sur la violence. Il est intéressant de remarquer, pour la psychologie de la dictature césarienne, qu'après les élections du 6 novembre 1932 qui lui donnaient le plus ferme désaveu, le gouvernement présidentiel allemand pour se maintenir encore quelque temps au pouvoir, trouva une justification dans « la théorie de l'électeur invisible » (1).

* * *

II. — *La dictature démocratique.* — Nous avons défini la dictature comme un fait de la violence et la démocratie comme un fait de l'autonomie humaine. Est-ce possible la co-existence des ces deux régimes qui paraissent contradictoires ?

Dans la constitution étatique, démocratie signifie l'ordre par autonomie, comme la dictature signifie l'ordre par la violence. Mais l'autonomie individuelle par rapport au pouvoir étatique est un idéal à réaliser. Par la division de la société en classes aux intérêts différents, la réalisation de

(1) Dans *Kreuzzeitung*, le gouvernement prétendait que le peuple allemand était derrière lui, car il faut ajouter, disait-il, à ceux qui ont voté pour lui : 1° tous les abstentionnistes ; 2° les partisans secrets, c'est-à-dire les électeurs qui ont voté pour des partis hostiles au gouvernement et qui sont néanmoins dans leur for intérieur partisans du gouvernement et de sa politique. *Le Temps*, 9 novembre 1932.

l'idée démocratique n'est que relativement possible. En effet, conformément à l'idéal démocratique, toute décision du pouvoir étatique devait impliquer l'unanimité. Or, la démocratie, dans l'état actuel de la situation politique et sociale, signifie la réalisation, non du principe de l'unanimité, mais du principe majoritaire.

La paix sociale est réalisée dans les démocraties par un compromis entre la majorité et la minorité. L'instrument de ce compromis est la constitution, qui n'est pas de nature contractuelle, mais un acte de nature législative représentant le groupement des forces politiques existant à un moment donné et organisant la compétence des gouvernants en rapport avec ce groupement de force. Ce compromis entre les classes sociales, que la constitution représente, suppose un *intérêt commun* qui se dégage en dehors des forces adverses. Tant que cet intérêt commun est en jeu, la majorité, d'accord avec la minorité, peut modifier la constitution pour la mettre en harmonie avec lui. A cette fin la minorité ne fera pas de difficulté et pour ce motif les modifications constitutionnelles, d'après la plupart des constitutions, doivent être faites suivant une procédure spéciale qui assure la participation de la minorité à la modification. Mais il peut arriver que la classe sociale, que la majorité représente, ait une conception sur l'intérêt commun qui soit en désaccord avec la minorité protégée. Il est possible alors que la classe dominante dispose d'une majorité parlementaire lui permettant de modifier légalement la constitution en substituant à l'intérêt commun, admis par la minorité, un autre qui ne serait que l'intérêt exclusif de sa classe. On réalise de cette manière une dictature de la majorité sur la minorité, bien qu'elle soit faite légalement, dans les cadres de la démocratie majoritaire.

Le cas peut arriver à l'occasion de l'institution de l'état de siège qui suppose une menace à l'intérêt commun étatique et auquel on peut théoriquement substituer l'intérêt de la classe majoritaire.

Il peut aussi arriver le fait suivant : le rapport des forces sociales et politiques, que la constitution reflète dans ses textes, est à un moment donné renversé. Alors la classe sociale qui était minoritaire et protégée peut devenir politiquement la classe dominante. Une classe dominante, même dans la démocratie, tient compte des intérêts généraux, mais seulement dans la mesure où cela devient une nécessité pour qu'elle ne soit menacée ni dans sa vie, ni dans ses biens. Elle tient compte aussi des intérêts de la classe minoritaire protégée, mais seulement dans la mesure où la force minoritaire est assez considérable pour s'imposer. En dehors de ces cas, la majorité cherche à dominer démocratiquement la minorité. Quand la classe minoritaire devient majoritaire, elle doit nécessairement exercer la même domination. Elle aussi n'accordera la protection à la classe minoritaire que dans la mesure de la concordance de cette protection avec les intérêts généraux et la force de cette minorité.

Le changement dans le rapport des forces sociales doit être, à un moment donné, inscrit dans la constitution. La nouvelle classe maîtresse du pouvoir voudra modifier la constitution de sorte que celle-ci reflète le nouveau rapport de forces. Elle voudra substituer à l'ancienne notion d'intérêt commun de l'Etat, une notion d'intérêt commun qui soit plus près de se confondre avec son propre intérêt. Ce changement peut déterminer une situation irréconciliable entre la nouvelle majorité et la nouvelle minorité, qui n'acceptera pas facilement sa déchéance écono-

mique et sociale. Mais si la nouvelle classe dominante possède une très forte majorité politique, elle pourra passer outre, modifier la constitution malgré l'opposition minoritaire et ainsi *exercer démocratiquement la dictature de classe*. C'est de cette façon que Marx et Engels, dans le « Manifeste Communiste », envisageait de *conquérir le régime de la démocratie* et concevaient la dictature du prolétariat comme une dictature démocratique (1).

17. — *Les actes de gouvernement et la théorie du droit de nécessité.*

Dans la construction juridique de l'Etat de droit, il reste encore des vestiges de l'ancien arbitraire. Ces vestiges sont caractérisés, non seulement par une violation plus ou moins répétée du principe de légalité, mais par des tentatives faites par les juristes des temps modernes à donner une explication et même une doctrine qui justifie la violation répétée de ce principe par le pouvoir. En dernière analyse, ces tentatives, plus ou moins subtiles, ont toutes comme fondement l'idée de nécessité : nécessité pour le salut de l'Etat, nécessité nationale, nécessité sociale. Par ces théories on cherche à réserver, dans l'Etat démocratique et légaliste, un morceau de dictature ou d'absolutisme au profit de l'exécutif. Ces théories, qui subsistent comme un anachronisme dans l'ensemble du droit, sont la théorie des actes de gouvernement et celle du droit de nécessité. La première n'est au fond qu'une forme partielle et atténuée de la deuxième, dont la contradiction avec le

(1) Cf. Max Adler, *La démocratie politique et démocratie sociale*, p. 130 et suiv.

droit moderne est plus manifeste. Toutes les deux sont issues du besoin où se trouve l'exécutif de donner une apparence régulière aux actes arbitraires et aussi de la tendance naturelle à l'esprit de symétrie des juristes, tendance qui les a poussés à intégrer les actes arbitraires répétés dans l'ensemble du système juridique, s'efforçant de leur trouver un caractère commun.

* * *

Par la théorie des actes de gouvernement on a cherché à établir une exception au principe de légalité telle que nous l'avons formulée au chapitre premier du Titre I. Or en réalité, ce qu'on a appelé actes de gouvernement ne constituent pas une véritable exception au principe de légalité. C'est seulement une violation répétée de cette règle et parce que, toute violation répétée d'un principe ressemblant beaucoup à une dérogation, à une exception, on en est arrivé à en faire une théorie. Le principe de légalité, fondement de l'Etat de droit, n'est susceptible d'aucune exception. « Si l'on fait une seule exception, disait Duguit, au principe de légalité matérielle, on ne sait pas où cela peut conduire et, si certaines circonstances se présentent, on peut facilement arriver au despotisme. Faire une seule exception au principe de légalité c'est aller fatalement jusqu'à la doctrine allemande contre laquelle je me suis souvent élevé, c'est dire avec Seydel : « il n'y a pas de droit à côté du *Herrscher* » ; avec Jellinek : « L'Etat est placé plus haut que toute règle de droit particulière » (1).

Pourtant ces exceptions, ou plutôt ces violations, du prin-

(1) Duguit, *Traité*, t. III, p. 738.

cipe de légalité ont existé et existent encore. L'attitude des juristes à l'égard de ces actes de gouvernement est différente suivant les pays et suivant le progrès de l'idée de légalité. En tout cas, la présence d'une théorie des actes de gouvernement suppose que nous sommes dans un Etat, qui en principe est régi par la légalité, mais où les violations, plus ou moins fréquentes, de ce principe doivent être encadrées dans la science juridique. Sa présence dénote encore un certain penchant des esprits vers la logique juridique. Ainsi ce besoin de logique a fait naître en France la théorie des actes de gouvernement, tandis que ce besoin ne s'est fait sentir ni en Angleterre où le principe de l'irresponsabilité de la couronne fait obstacle à une réalisation idéale du principe de la légalité, ni aux Etats-Unis où le concept des actes discrétionnaires lui réduit beaucoup la sphère d'application (1). Mais, avec ou sans théorie, les actes de gouvernement existent presque dans tous les Etats. Leur nombre et leur fréquence varient suivant le degré d'évolution de l'*Etat de droit*. L'histoire des actes de gouvernement en France est un exemple de cette évolution. En effet, à mesure que la France s'est acheminée vers la réalisation de l'Etat de droit, les actes de gouvernement sont devenus de moins en moins fréquents et la théorie des actes de gouvernement a perdu de son importance jusqu'à disparaître complètement.

Qu'est-ce qu'un acte de gouvernement ? C'est un acte du pouvoir exécutif qu'on veut soustraire au contrôle juridictionnel. Ce n'en est pas là une définition, mais une simple notion, parce que de l'acte de gouvernement on n'a jamais pu donner une définition satisfaisante. Car enfin, comment

(1) Cf. Goodnow, *op. cit.*, p. 329, 415 et 453.

pourrait-on définir une violation de la loi, autrement que par le mot illégalité ? Il semble même peu compréhensible que des juristes, tels que Dufour et Batbie, aient pu justifier juridiquement une telle violation qui devait être soustraite au contrôle juridictionnel. C'est que l'obstacle au contrôle était, non d'ordre juridique, mais d'ordre politique. Voilà ce que disait Vivien, le rapporteur de la loi organique sur le Conseil d'Etat de 1849 : « Il est même des droits dont la violation ne donne pas lieu à un recours par voie contentieuse. Dans un gouvernement représentatif, sous le principe de la responsabilité, il est des circonstances où, en vue d'une grande nécessité publique, les ministres prennent des mesures qui blessent le droit privé. Ils en répondent devant le pouvoir public. Les rendre justiciables d'un tribunal administratif, ce serait paralyser une action qui s'exerce en vue de l'intérêt commun et créer dans l'Etat un pouvoir nouveau qui menacerait tous les autres. Les mesures de sûreté générale, l'application des actes diplomatiques ne rentrent pas non plus dans le contentieux administratif, bien que des droits privés puissent en être atteints. On ne saurait sans danger les livrer à l'appréciation d'une juridiction quelconque ».

En général, toutes les théories, qui se sont succédées dans la science juridique française sur les actes de gouvernement, justifient l'absence de contrôle juridictionnel par l'idée de nécessité publique et définit l'acte de gouvernement par son mobile. Ce mobile de l'acte était un mobile d'ordre politique. « En parlant du but politique, dit M. Duguit, on entendait le mot en son sens le plus bas. Le mot politique en effet a deux sens : il désigne l'art de gouverner les peuples, de leur assurer le bonheur et la richesse ; c'est le sens noble et élevé. Le mot désigne aussi (c'est le sens bas)

l'art d'arriver aux places, au pouvoir et de s'y maintenir quand on y est parvenu. En parlant du but politique et en déclarant inattaquables les actes déterminés par un pareil but, on avait en vue des actes accomplis par les gouvernements pour conserver le pouvoir. C'était, sous un autre nom, la raison d'Etat (1) ». C'est ce que nous avons dit : toute illégalité, commise au nom des nécessités publiques et invoquant la raison d'Etat, cache le plus souvent la nécessité de se maintenir au pouvoir de ceux qui y sont et se voient menacés de le perdre.

Depuis l'institution de la juridiction administrative en France, celle-ci, et surtout le Conseil d'Etat, a mené une lutte admirable contre le pouvoir exécutif pour réduire le nombre des cas insusceptibles de contrôle juridictionnel et rétrécir ainsi le domaine de l'arbitraire administratif. Mais la lutte a été dure parce que, plus le pouvoir exécutif est faible envers ses ennemis, plus il est fort devant la justice à laquelle il demande de le soutenir. Ainsi le Conseil d'Etat a dû faire l'application de la théorie des actes de gouvernement dans son arrêt du 9 mai 1867. Il s'agissait de la saisie des œuvres du Duc d'Aumale, faite par le préfet de police et approuvée par le ministre de l'Intérieur. Le Conseil déclarait le recours irrecevable contre un acte déterminé par un but politique. Au commencement de la troisième république, le 29 janvier 1876, la Cour de Paris invoque aussi la théorie des actes de gouvernement dans l'action intentée par le prince Napoléon contre le ministre de l'Intérieur et le préfet de police à l'occasion des arrêtés d'expulsion pris contre lui et exécutés par force (2).

(1) Duguit, *Transformation du droit public*, p. 199.

(2) Cour de Paris, 29 janvier 1876, S. 76.2.297.

Mais plus tard la juridiction administrative a repoussé la théorie des actes de gouvernement dans les arrêtés du Tribunal des Conflits de novembre 1880 relatifs à l'exécution des décrets contre les congrégations religieuses et a affirmé la recevabilité du recours pour excès de pouvoir qui serait dirigé contre ces décrets. En 1889 les princes d'Orléans et le prince Murat forment un recours pour excès de pouvoir contre la décision du ministre de la Guerre qui, fondée sur la loi du 22 juin 1886 relative aux membres des familles ayant régné en France, les avait rayés des cadres du contrôle de l'armée. Le ministre de la Guerre opposait la fin de non-recevoir, soutenant que les décisions attaquées constituaient des actes de gouvernement « qui ne seraient pas de nature à être déférés au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir ». Le Conseil rejette cette fin de non-recevoir sur la considération que les décisions attaquées étaient prises par le ministre de la Guerre en vue d'appliquer la loi du 22 juin 1886, c'est-à-dire en vue de ses pouvoirs d'administration qui consistent à assurer l'exécution des lois, donc actes administratifs susceptibles du contrôle juridictionnel. Le recours, admissible en principe, fut admis au fond seulement pour le prince Murat (1).

La tendance de la juridiction administrative en France a été, jusqu'en 1914, de réduire toujours le nombre des actes de gouvernement, en évitant l'application de cette théorie régaliennne dans bien de cas où l'on aurait pu invoquer un précédent, comme par exemple dans l'arrêt *Rouzié* (2). Pendant la guerre se dessine une nouvelle

(1) S. 89.3.19 et suiv. avec les conclusions de M. Margerie.

(2) Trib. des conflits, 25 mars, 1911 *Rec.*, 1911, p. 400 et S. 1911.3, avec une note de M. Hauriou.

évolution dont nous aurons l'occasion de parler au titre III.

De toute façon, il reste encore dans le droit public français une série d'actes, qui sont considérés comme inattaquables par le recours pour excès de pouvoir. C'est un fait qu'aucun juriste ne peut nier. Ces actes sont : 1°. Les actes relatifs aux rapports des gouvernements et des Chambres (convocations, ajournements, dissolution des assemblées), 2°. Les mesures de sûreté intérieure, décrets établissant l'état de siège, les décrets rendus en matière sanitaire ; ceci ne comprend pas les mesures d'exécution. 3°. Les actes et opérations touchant aux relations diplomatiques : signature et mise à exécution des actes diplomatiques, exécution ou inexécution d'engagements internationaux. 4°. Les faits de guerre, réserve faite de l'application des dispositions spéciales à la réparation des dommages causés aux Français par la guerre de 1914. 5°. Les arrêtés des gouverneurs des colonies, modifiant la situation légale des territoires coloniaux. 6°. Les annexions de territoire établissant des protectorats et les actes en réglant les conséquences. Qu'on le veuille ou non, ce sont les actes de gouvernement que le Conseil d'Etat refuse d'examiner pour prononcer l'annulation ou la réparation. La jurisprudence du Conseil tend à en réduire la liste. Aucune justification de ces actes ne vient plus de la part de la doctrine contemporaine française. Comme très justement dit M. Bosc : « La théorie des actes de gouvernement a vécu. Il reste des actes de gouvernement. Mais ces derniers ne sont plus que comme la ruine du passé dans une cité nouvelle » (1).

(1) A. Bosc, *Les actes de gouvernement et la théorie des pouvoirs de guerre*, *Rev. de P.*, 1926, p. 257.

Cette ruine du passé, la doctrine s'est donnée la peine de l'analyser juridiquement. M. Duguit en nie la notion, mais sa négation n'empêche que la catégorie existe. Il soutient qu'aujourd'hui en France il n'y a plus d'actes de gouvernement proprement dits et que ce qu'on appelle ainsi, ne sont que des actes politiques. Il dit que le gouvernement a une double qualité : comme organe politique et comme organe administratif. Les actes administratifs du gouvernement rentrent aujourd'hui sous le contrôle juridictionnel ; s'ils n'y entraient pas, ils constitueraient de véritables actes de gouvernement. Mais les actes politiques ne sont pas encore (en France) susceptibles de recours pour excès de pouvoir, et c'est à cause de cette insuffisance du droit public français que nous avons encore cette liste, qu'on appelle la liste des actes de gouvernement. Mais quand il s'agit de définir les actes dits politiques, M. Duguit reconnaît qu'il n'y a aucun critérium intrinsèque de distinction, parce que lui-même affirme que « au point de vue matériel ce sont des actes administratifs ». Il reconnaît par exemple, que l'acte conférant une grâce, bien que fait par le Président de la République, pourrait être interprété tant comme un acte politique que comme un acte administratif. Bien plus, le pouvoir réglementaire du Président de la République apparaît comme un pouvoir politique. Pourtant on a fait depuis longtemps la distinction suivante : on considérerait comme actes administratifs les règlements faits par le chef de l'Etat en vertu des textes constitutionnels et comme actes politiques, les règlements d'administration publique. Les derniers sont restés inattaquables juridiquement jusqu'au 6 décembre 1907 ; mais depuis cette date (arrêt Conseil d'Etat, *Grandes C^{ies} de Chemins de fer*) les règlements d'administration publique sont sus-

ceptibles de contrôle juridictionnel et par conséquent ne peuvent plus être considérés comme actes politiques. Donc il n'y a plus un critérium de distinction entre les actes politiques et les actes administratifs que celui établi par la juridiction administrative (1). Qu'on maintienne ou non l'expression d'actes de gouvernement, la chose n'a pas grande importance ; le fait est qu'il existe encore dans le droit français une série d'actes du pouvoir (à côté des actes de la législation), qui peuvent constituer des actes arbitraires et qui sont soustraits au contrôle de la justice. Ils ne peuvent pas être définis juridiquement parce qu'ils n'ont pas un caractère intrinsèque commun ; et ainsi il est plus sage de se contenter, comme a fait M. Hauriou, de les désigner par leur énumération et attendre l'évolution progressive qui va les réduire complètement.

*
* *

Si la théorie des actes de gouvernement ne découle pas directement de la théorie du droit de nécessité, elle est en tout cas de la même famille. Toutes les deux ont pour but de donner une excuse d'apparence juridique au détenteur du pouvoir étatique, dans les cas où les règles du droit positif deviendraient incompatibles avec l'exercice du pouvoir.

La théorie du droit de nécessité, d'origine allemande, a pour but d'excuser, non pas seulement les actes administratifs, faits par le pouvoir exécutif en violation du droit, mais d'excuser un abandon total de toute règle juridique

(1) Duguit, *Traité*, t. II, p. 303 et suiv., t. III, p. 336 et suiv.

à l'égard du pouvoir, en présence de certains faits qui seront appelés arbitrairement, par le pouvoir même ; faits de nécessité.

Cette théorie a existé de tous temps sous sa forme politique ; elle s'est exprimée par la maxime très simple : *Salus rei publicæ suprema lex*. Elle a été invoquée par le pouvoir politique chaque fois qu'il a voulu justifier une mesure de fait contraire aux règles de droit. Le gouvernement de Bismark a toujours eu cette devise et les hommes politiques qui ne l'aient pas invoquée, une fois au moins, sont rares. Mais d'ici jusqu'à ériger cette formule en règle juridique c'est comme si l'on proclamait l'instinct de conservation individuelle et l'égoïsme primitif de l'homme comme règle fondamentale de la morale humaine.

La doctrine juridique allemande d'avant guerre a prétendu formuler la théorie du droit de nécessité comme une théorie juridique. Il faut se garder de confondre la théorie du droit de nécessité avec ce qu'on a pris l'habitude de nommer *les ordonnances de nécessité*. Non seulement nous ne condamnons pas la technique constitutionnelle nouvelle, qui donne à l'exécutif le droit d'une législation provisoire pour les cas urgents, mais nous croyons qu'elle constitue un des instruments les plus simples et les plus parfaits destinés à faire respecter le principe de légalité, dans n'importe quelle circonstance. Nous aurons l'occasion de nous occuper de cette question dans l'un des chapitres suivants. Mais nous croyons que c'est une profonde et dangereuse erreur de confondre cette technique avec la théorie du droit de nécessité qui est la négation du principe de légalité dans son ensemble.

Non seulement la science juridique, mais la philosophie allemande, a préparé la voie à cette théorie. M. Duguit,

dans son article intitulé *Rousseau, Kant et Hegel*, nous montre comment la philosophie allemande a préparé la voie à l'impérialisme germanique. Il semble que c'était une tradition, dans la science allemande d'avant guerre, de se mettre au service du pouvoir ; ainsi devient explicable comment, pendant la guerre, nombre de savants allemands ont signé la fameuse déclaration par laquelle ils approuvèrent sans réserves les actes de leur gouvernement.

Le *Staatsnotrecht* se caractérise par la négation de tout impératif des normes juridiques, devant un fait que le pouvoir déclare nécessité étatique. La vie du droit est alors remplacée par la force. La nécessité est conçue, non comme une source de droit, mais comme un prétexte pour la cessation du droit.

L'ancienne école historique allemande, avec Savigny et Puschka, voyait dans la nécessité sociale la source de création des règles de droit coutumières. Ils concevaient le droit comme sorti des nécessités de la vie sociale, tandis que la théorie de *Notrecht* considère la nécessité comme la fin du droit, parce que le droit de nécessité implique la notion du droit du plus fort, ce qui est une négation du point de vue juridique.

Le point de départ de la construction juridique de *Notrecht* se trouve dans la conception de l'Etat de juristes allemands de la seconde moitié du siècle passé. Jusqu'en 1865, la doctrine courante admettait une conception patrimoniale de l'Etat, d'après laquelle la puissance publique était un droit patrimonial du prince. Depuis 1865 Gerber enseignait que l'Etat est une personne juridique organisée et le prince n'est qu'un organe distinct de cette personnalité. L'Etat, pris comme tel, est seul titulaire de

la puissance commandante. Cette doctrine est reprise et développée par Jellinek. Pour lui, l'Etat c'est un fait ; il existe comme être distinct de la nation et distinct des individus qui le composent. La puissance commandante de l'Etat est un droit subjectif : *Herrschaft*. « *Herrschen* signifie commander d'une manière inconditionnée et pouvoir exercer la contrainte dans sa plénitude ; c'est la *taatsgewalt*, puissance de volonté, qui ne se détermine jamais que par elle-même, et cela est précisément la souveraineté » (1). Cette puissance souveraine qui est l'Etat, ne peut être limitée que par un droit produit de sa propre volonté. Donc l'Etat seul peut déterminer cette auto-limitation par le droit, sans qu'aucune autre volonté puisse le contrôler. Le juriste bavarois Seydel reconnaît sans réserves l'omnipotence complète des individus détenant le pouvoir. Bien que Girke, après 1870, se fasse le défenseur de la puissance du droit contre l'Etat, la doctrine dominante allemande, admettant sans contestation la personnalité juridique de l'Etat qui fait de la puissance publique un droit subjectif, était de nature à donner une base juridique à l'absolutisme des princes.

La doctrine française est passée, elle aussi, par la notion de la personnalité de l'Etat, mais avec une différence : « la différence entre le point de départ de l'école allemande et celui de l'école française : la première posant l'Etat personne comme tel et titulaire originaire du droit de souveraineté, l'école française posant la nation comme titulaire de la souveraineté et la déléguant à un ou plu-

(1) Cité par Duguit, *Traité*, t. I, p. 615, d'après Jellinek.

sieurs organes de représentation, l'Etat résultant de l'organisation de la souveraineté nationale » (1).

Le fondement du droit public allemand d'avant la guerre était basé sur l'idée d'auto-limitation de la puissance souveraine de l'Etat. Quand par conséquent intervient la nécessité, cette auto-limitation cesse d'exercer son effet. Cette cessation est déterminée par la seule volonté de la puissance souveraine et non contrôlée de l'Etat. Ainsi prend naissance l'arbitraire, qui était censé exister avant l'apparition de l'auto-limitation. L'arbitraire se manifeste non seulement en ce qui concerne la fonction exécutive, mais aussi en ce qui concerne la fonction législative et judiciaire, donc dans toute l'activité étatique.

Comment le phénomène causal de nécessité est-il conçu ? Toujours par un conflit soit extérieur soit intérieur. Quand le conflit est de nature extérieure, la théorie du droit de nécessité permet d'ignorer toute règle de droit international, qui serait en conflit avec l'intérêt et avec la nécessité de l'Etat. On a comparé ce procédé à l'institution de la légitime défense du droit pénal. La comparaison en est injuste, parce que la légitime défense est une norme strictement réglementée et contrôlée par les moyens de droit, tandis que le *Notrecht* suppose le mépris de toute notion de droit. Ainsi le chancelier allemand disant « nécessité n'a pas de loi » n'a fait qu'exprimer la doctrine du droit de nécessité formulée dans sa patrie.

Dans la théorie du droit de nécessité intervient la doctrine hégélienne sur la hiérarchie des valeurs sociales. Les groupements sociaux ont, dans cette conception, des valeurs différentes en cas de conflit ; les valeurs inférieures doivent

(1) *Ibid.*, *Traité*, t. I, p. 619.

être sacrifiées aux valeurs supérieures et, comme l'Etat allemand est par définition le summum de valeur puisque c'est lui-même qui en est juge, il est naturel que les valeurs secondaires soient sacrifiées à la sienne (1).

Dans la nécessité d'ordre intérieur, qui se manifeste par un conflit des groupements d'intérêts représentant des valeurs différentes, si l'un de ces groupements est constitué par la classe ou la caste qui confond sa puissance avec la souveraineté étatique, il est naturel que celle-ci soit considérée comme une valeur supérieure à laquelle les autres valeurs d'ordre inférieur doivent être sacrifiées. Ici apparaît plus évidente l'idée que la nécessité et la théorie du droit de nécessité ne jouent que dans l'intérêt des détenteurs du pouvoir. Le pouvoir, dans la doctrine allemande, était auto-limité par le droit seulement dans son propre intérêt, mais si cet intérêt disparaît, la théorie du droit de nécessité intervient pour l'affranchir de cette auto-limitation.

Dans les constitutions allemandes d'avant guerre, nous trouvons une application partielle de cette théorie, par le fait que la plupart d'entre elles autorisaient les princes à faire table rase des lois et de la constitution par des « ordonnances de nécessité ». Si la constitution de l'Empire du 16 avril 1871 ne la prévoyait, la mesure était présumée d'après l'avis des juristes. Voilà comment un juriste allemand trace la ligne de démarcation entre la loi et l'ordonnance : « Une loi est une ordonnance publiée avec l'assen-

(1) Cf. C. de Visscher, *Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité*, dans la *Revue générale de droit international public*, 1927, n° 1, p. 87 et suiv.

timent de la représentation constitutionnelle du pays ; une ordonnance est l'expression de la volonté de l'Etat sans son assentiment (1).

A notre avis, il ne faut pas incorporer dans la théorie du droit de nécessité toutes les dérogations à la légalité formelle et à la règle des compétences, dérogations qui se produisent souvent dans la vie des Etats quand ils se trouvent dans une situation non prévue par la constitution. Même si ce renversement des compétences s'accomplit en contradiction avec les textes constitutionnels, il ne se fait pas au mépris du droit, par la cessation de la vie du droit. Dans les cas imprévisibles, le droit s'adapte à la vie étatique même si ce n'est pas d'après les règles habituelles des compétences. L'imprévu de la vie crée des normes juridiques nouvelles si rapidement qu'il est besoin de leur réalisation immédiate pour maintenir l'ordre, même si cette réalisation ne se fait pas d'après les règles des compétences prévues dans la constitution. Il y a donc une différence fondamentale entre la théorie du droit de nécessité et les mesures urgentes prises en violation des règles formelles de la compétence. Dans le premier cas c'est la négation du droit, la cessation de la vie du droit ; dans le second cas c'est la réalisation du droit dans un rythme plus rapide que la constitution ne le prévoyait. Ainsi s'explique pourquoi des mesures prises en vertu de la théorie du droit de nécessité, provoquent une réaction sociale, même alors qu'elles sont conformes à la légalité formelle et au contraire des mesures en apparence illégales, trouvent

(1) Gneist, *Verwaltung, Justitz, Rechtsweg*, p. 73, cité par Labaud, *op. cit.*, t. II, p. 378.

l'approbation unanime parce qu'elles sont en conformité avec le droit. Les ordonnances de Charles X en 1830 étaient prises en conformité avec la charte de 1814 ; pourtant elles ont produit la réaction connue parce qu'elles n'étaient que l'application de la théorie du droit de nécessité. Au contraire, des mesures inconstitutionnelles prises en Suisse pendant la guerre, ont été acceptées sans discussion, parce qu'il s'agissait ici, non des mesures contraires au droit, mais de l'adaptation du droit par les moyens contraires à la règle constitutionnelle de compétence. Le simple inversement des compétences devenait excusable par le caractère d'urgence évidente. La Cour pénale du Tribunal fédéral suisse, dans son arrêt du 15 décembre 1915, à propos de l'affaire *Millioud*, dit : « Bien que la constitution ne contienne pas de dispositions formelles en ce sens, il n'est pas douteux que quand, par suite de circonstances exceptionnelles, le Conseil fédéral est chargé de prendre des mesures exceptionnelles pour le bien public menacé... il ne saurait être lié par la constitution dans cette œuvre indispensable. » Ici, ce n'est qu'en apparence le langage de la vieille théorie sur le droit de nécessité. Le tribunal fédéral ne reconnaît pas au Conseil fédéral le droit de rompre complètement avec la vie juridique nationale parce qu'un cas imprévisible s'est présenté. Il constate seulement que les règles de compétence normales constitutionnelles sont incapables de trancher la question suivant le droit. Il ne fait que justifier le bouleversement des compétences dans les cas exceptionnels, ayant la conviction que, dans un pays de vieux contrôle démocratique, ce bouleversement passager des compétences en faveur du Conseil fédéral, ne se ferait pas pour mépriser le droit mais pour le réaliser en l'adaptant aux conditions nouvelles.

D'ici jusqu'à reconnaître l'existence d'un droit naturel de nécessité, comme le fait un juriste suisse M. R. Hoerni, il y a une grande différence. M. Hoerni écrit : « le droit de nécessité est donc, à notre avis, inhérent à l'existence de l'Etat. Tous les Etats sans exception peuvent en faire usage, une fois réunies les conditions requises pour son application : le droit de nécessité est un droit naturel de l'Etat » (1). Bien que l'auteur emploie le terme de droit de nécessité, ce n'est plus la théorie allemande du droit de nécessité. Du moment qu'il s'agit de certaines conditions requises pour l'exercice de ce droit, du moment que l'accomplissement de ces conditions est apprécié par un organe, autre que l'exécutif qui l'invoque, du moment que l'auteur réclame que l'autorité, appelée à exercer ce droit de nécessité, doit être responsable et rendre compte de ses actes, nous ne sommes plus dans la théorie du droit de nécessité. En effet, il ne faut pas oublier que la théorie du droit de nécessité a été formulée sous des régimes monarchiques dominés par le principe du droit du prince. Une application de cette théorie dans un régime républicain, et surtout de démocratie avancée comme l'est la Suisse, est impossible sans en modifier complètement le sens. En quoi se réduit ce prétendu droit naturel de nécessité ? Dans une interversion passagère des compétences pour la durée de la situation exceptionnelle, mais qui cesse « dès que l'emploi de formes régulières est possible ». Nous sommes d'accord avec M. Jèze (2) que le droit public moderne n'est que l'organisation des compétences et que la répartition des

(1) R. Hoerni, *De l'état de nécessité en droit public fédéral suisse*, cité par Jèze dans *L'exécutif pendant la guerre*.

(2) Jèze, *op. cit.*, p. 114 et 115.

compétences est l'aboutissement des luttes politiques très longues et très dures, mais nous croyons qu'une intervention passagère dans la répartition de ces compétences n'a pas une gravité exceptionnelle, du moment qu'elle se passe dans les cadres du système démocratique par un incessant contrôle. Il est vrai que parler d'un *droit naturel de nécessité* qui constituerait un changement de plein droit des compétences, à défaut d'un texte constitutionnel ou légal permettant un tel changement, c'est émettre une affirmation dépourvue de fondement juridique.

L'intervention des compétences, dans ce cas, reste une illégalité au point de vue de la légalité formelle ; le prétendu droit de nécessité ne peut couvrir cette illégalité, mais ce n'est pas un acte contraire au droit, et comme preuve : la justice suisse appelée à « dire le droit » n'a pas condamné ces actes faits contre la légalité formelle. Il y a illégalité et illégalité. L'attribution légale de la compétence en faveur de l'exécutif, si elle était faite dans l'intérêt des détenteurs de ce pouvoir, serait une violation grave du droit, parce qu'elle violerait le principe en vue duquel a été instituée la répartition des compétences, tandis qu'ici la violation même de la règle avait en vue de réaliser le but même pour lequel elle a été posée. Ce n'est pas le but du droit qui a été violé, mais le moyen institué en vue d'atteindre le but. La faute n'en est pas à l'exécutif mais à la constitution qui n'a pas prévu le cas. Il y a incontestablement ici une règle de droit positif qui a été violée, mais cette violation n'a pas été faite pour sortir du droit comme le veut la théorie du droit de nécessité, mais pour le réaliser, car bien que la chose semble un peu paradoxale, il arrive parfois que le nouveau droit se réalise au moyen d'une violation de la règle du texte positif.

Ainsi, de l'impuissance où se trouvait l'exécutif démocratique pendant la guerre de satisfaire les besoins urgents et de l'insuffisance des textes en cette matière, les nouvelles constitutions d'après guerre ont aménagé dans leurs textes un renforcement de l'exécutif, de telle manière qu'elles puissent satisfaire les nécessités de ce genre sans être contraintes de violer la légalité formelle. On a abouti ainsi à la *rationalisation* du droit public.

Le droit de nécessité est un non-sens juridique, et cette expression, qui fait partie de la terminologie politique, devrait être bannie de la science du droit. En effet, qu'est-ce que le droit si ce n'est que l'expression de toutes les nécessités sociales ? Quel est le but de tous les organes de l'Etat, de tous les services publics dont l'ensemble constitue l'Etat dans la conception moderne, si ce n'est de satisfaire les nécessités sociales ? Existe-t-il un seul acte du pouvoir étatique d'ordre législatif, administratif et même judiciaire dont le but avoué peut être autre que de satisfaire ces nécessités ? S'il existe un droit de nécessité, celui-là est tout le droit dans la vraie conception du mot. Il est vrai que la satisfaction de ces nécessités se fait dans tout Etat suivant une échelle de valeurs différentes. Il y a une hiérarchie des valeurs de ces nécessités suivant la forme et l'évolution de l'Etat : Les unes passent avant les autres d'après diverses conjectures historiques. Il arrive quelquefois que certaines nécessités imprévisibles, ou seulement imprévues, deviennent si pressantes, que les textes de la loi et la répartition des compétences d'après la constitution, « cette grande prévision humaine », s'avouent insuffisants pour les satisfaire en temps utile : le rôle du droit, qui est de satisfaire ces nécessités, sera réalisé fatalement en dehors des limites formelles du droit positif. Il n'y a donc pas un pro-

blème spécial de nécessité, mais un problème d'urgence pour un cas exceptionnel et imprévisible. Dans la démocratie c'est moins un problème de droit qu'un problème de technique que le droit constitutionnel moderne est en voie de résoudre.

TITRE III

L'Organisation de nécessités.

18. — *Les grandes crises politiques et l'institution de l'état de siège.*

C'est un des problèmes les plus difficiles du droit public moderne de savoir si, en cas de crise ou d'état exceptionnel, le principe de légalité peut être respecté dans son intégrité.

D'abord comment caractériser juridiquement l'état exceptionnel ? La question nous semble aussi délicate que celle de la notion de force majeure et cas fortuit en droit civil dont la solution n'est jamais définitive. Où finit le normal et où commence l'exceptionnel ? Ne peut-on faire rentrer l'exceptionnel dans le normal ou, comme dit Bergson, la maladie ne peut-elle être considérée comme un phénomène normal ? D'autre part, le critérium de distinction entre le normal et l'exceptionnel a toujours une légère teinture politique de sorte qu'il est difficile de le ramener sur le terrain strictement juridique.

On pourrait affirmer que, dans le droit public est considérée comme exceptionnelle toute situation politico-sociale nouvelle que la constitution juridique du pays n'a pas prévue et ne pouvait prévoir. Ce serait un critérium qui semblerait juridique et objectif. Serait-il suffisant ? La législation est, sans doute, un acte de prévision, mais elle est en

même temps un produit des événements et des nécessités toujours renouvelés de l'humanité. La constitution, « cette grande prévoyance humaine », comme dit M. Joseph Barthélemy, bien que plus souple et plus générale que les autres lois, ne peut regarder l'avenir que par le prisme du passé. De ce point de vue les phénomènes de la vie politique et sociale comportent nécessairement une partie d'imprévu. Par conséquent, au point de vue juridique quand nous qualifions une situation d'exceptionnelle, cela veut dire que nous lui reconnaissons un caractère d'imprévisibilité.

A ce caractère s'attache aussi l'idée de menace pour l'ordre juridique existant, c'est-à-dire pour l'Etat dans la forme juridique sous laquelle il se trouve actuellement. Donc toute mesure — prévue ou non — pour le cas exceptionnel a un caractère conservatoire, un caractère de la conservation de l'ordre juridique existant. La difficulté qui se pose à propos de ces mesures de conservation, c'est que, tout en défendant le système juridique actuel, elles doivent être, par leur nature, conformes à ce système même. Or si elles peuvent être toujours conformes au système juridique autocratique, dont le but est sa propre conservation, elles peuvent être — et sont presque toujours — en contradiction avec le système juridique de la démocratie dont la base est, comme nous l'avons vu (n° 10), la liberté individuelle. Toute mesure exceptionnelle suppose, sinon une suppression, du moins une restriction de la liberté et du contrôle qui sont les idées cardinales du système démocratique. Ainsi, c'est pour ce motif que dans les régimes monarchiques et autocratiques la question des mesures exceptionnelles, comme l'état de siège, ne se pose pas comme un problème spécial parce que, sous ces régimes, le problème de la liberté et du contrôle n'existant pas, il n'y a pas de contradiction

possible. Dans les pays qui ne connaissent pas la liberté, la législation d'exception n'est pas nécessaire.

Toute crise politique grave, menaçant l'existence actuelle de l'Etat, demande une concentration gouvernementale incompatible avec la démocratie qui suppose une tendance à la dispersion du pouvoir. Le gouvernement concentré se sent gêné dans son besoin de mouvement libre par le contrôle et la liberté démocratique ; le contrôle parlementaire est trop lourd pour ces cas, une obstruction, même de bonne volonté, peut être fatale. D'autre part, « même quand la patrie est en danger, une nation civilisée et libre, ne peut pas consentir à ce que les individus soient remis pieds et poings liés, à la discrétion des bureaucrates anonymes omnipotents et irresponsables » (1). Le contrôle, comme remarque M. Jèze, pendant une crise comme par exemple la guerre, est plus nécessaire qu'en temps normal, parce que les agents administratifs, « pour dissimuler leurs maladresses, leur négligence, leurs fautes les plus graves », cherchent l'excuse dans l'état de guerre (2).

Il faut que l'Etat de droit, l'Etat démocratique, trouve le moyen de sa propre conservation, en cas de crise, dans ses propres méthodes, en respectant les principes dominants de son système, c'est-à-dire le principe de légalité, celui de la liberté individuelle et du constant contrôle du pouvoir. Ici repose la difficulté du problème.

On peut distinguer deux systèmes, deux méthodes techniques constitutionnelles. Le premier consiste à satisfaire le principe de légalité par une législation prévue d'avance pour les temps de crise. Il se réalise avec un certain sacri-

(1) Jèze, *L'exécutif en temps de guerre*, p. 3.

(2) *Ibid.*, p. 11.

fice des deux autres principes : le contrôle et la liberté. Le deuxième consiste à utiliser la constitution souple, par une adaptation à la crise, de telle manière que les principes cardinaux de l'Etat de droit restent sains et saufs. Le type classique de la première méthode, on le trouve dans la démocratie antique à Rome ; celui de la deuxième est représenté par la Grande-Bretagne.

Enfin il existe un troisième système intermédiaire, le plus fréquent, qui consiste à légiférer pour la crise au moment où elle a commencé, en vue de former un appareil étatique approprié à la situation, bien qu'autant que possible conforme à la constitution.

Nous analyserons chacun de ces trois types avant de pouvoir en tirer une conclusion concernant leur valeur.

* * *

Nous avons eu l'occasion de dire que par dictature le droit public romain comprenait tout autre chose que ce qu'on entend aujourd'hui par ce mot. La dictature romaine fut la première organisation constitutionnelle de prévoyance des crises politiques et correspondait, à peu près, à l'institution moderne de l'état de siège. Elle apparaît avec l'éclosion des libertés publiques dans la constitution de l'Etat romain par une *lex de dictatore creando* édictée 10 ans après l'expulsion des rois. Employée tout d'abord pour les cas de guerre seulement sous le nom de *dictature rei gerendæ causa*, on l'étend ensuite aux autres cas de crises politiques sous le nom de *seditiones sedandæ causa*, mais on réunissait quelquefois les deux moyens sous le terme de *optimo jure*. C'est le Sénat qui décidait de la nécessité d'instituer un dictateur, mais la désignation de la personne de celui-ci

se faisait par les deux consuls. Ordinairement le Sénat s'assurait d'avance de la personne qui devait être désignée comme dictateur et, si les consuls manquaient à leur engagement et nommaient une autre personne que celle désignée par le Sénat, celui-ci n'avait d'autre moyen de lutte que de refuser les sommes nécessaires en cas de guerre. La *lex de dictatore creando* exigeait que la personne du dictateur soit ratifiée par les curies, mais cette ratification dégénère de bonne heure en une simple formalité. Les pouvoirs du dictateur duraient six mois et, s'il cherchait à en prolonger la durée, il encourait la peine de mort et la confiscation de sa fortune (1).

Dans la démocratie romaine, la liberté des citoyens était garantie contre le pouvoir des magistrats par un triple système de limitation de ce pouvoir. En temps normal ces limitations étaient : *intercessio*, *provocatio ad populum* et la responsabilité des magistrats. *Intercessio* consistait dans l'intervention du collègue du magistrat d'abord, du tribun de plèbe, un peu plus tard, qui pouvait empêcher l'acte abusif fait par un magistrat. *Provocatis ad populum* permettait l'appel aux comices centuriales, contre toute condamnation d'un citoyen à mort, aux verges et même, plus tard, contre les grosses amendes. La responsabilité consistait dans la réparation due par les magistrats à la sortie de leur charge de tout acte préjudiciable aux intérêts de la république.

Toutes ces garanties de la liberté publique et surtout l'*intercessio*, qui permettait à un seul tribun d'entraver

(1) En vertu de la *lex Valeria de sacrando cum bonis capite ejus qui regni usurpandi consilia inisset*. Cf. Theodor Reinach, *De l'état de siège et des institutions de salut public à Rome, en France et les législations étrangères*, thèse Paris, 1885, p. 23.

toute la marche du gouvernement, étaient de nature à paralyser le pouvoir illimité, nécessaire au dictateur. Ainsi toutes ces causes de faiblesse devaient disparaître pendant l'exercice de la dictature. *Intercessio* a dû disparaître parce que la dictature excluait la collégialité. Le dictateur était investi de la *potestas maxima* et *imperium maximum*; sa nomination avait comme effet de suspendre toutes les autres fonctions : consuls, préteurs, édiles, qui ne conservaient que nominale-ment leurs fonctions et ne pouvaient agir que comme délégués et sous les auspices du dictateur. Les tribuns de la plèbe, bien que non suspendus, ont perdu leurs droits (1). La provocation *ad populum* n'était admise que contre les décisions des magistrats élus, et le dictateur était nommé. Par conséquent, contre les sentences, même capitales, prononcées par le dictateur, il n'y avait donc aucun appel ou, comme disait Tite-Live : *nullum nisi cura parendi auxilium*. Comme symbole de la réunion du pouvoir militaire au pouvoir civil, les licteurs du dictateur portaient la hache dans le faisceau, chose qui probablement a constitué une source d'inspiration pour la dictature mussolinienne. Mais, à la différence du fascisme actuel, le dictateur romain, bien qu'il n'encourait pas la responsabilité comme les autres magistrats à la sortie de sa fonction, il était pourtant soumis aux lois ; s'il était irresponsable, il n'était pas *legibus solutus*.

Mais cet instrument constitutionnel primitif contre les crises politiques était voué à la décadence. Dès le commencement il devient impopulaire. Comme dans toute nouvelle démocratie, on faisait trop souvent appel à lui.

(1) Cf. *Ibid.*, p. 28.

C'était une arme aux mains de l'aristocratie sénatoriale pour lutter contre les prétentions plébéiennes. Cette lutte et la fréquence des guerres faisaient de la dictature « une monarchie intermittente ». Ainsi la force démocratique d'une part, la désuétude de l'autre, ont contribué à sa perte. Une loi admet d'abord contre la dictature la *provocatio*, puis les tribuns regagnent le droit d'*intercessio*, enfin les comices réussissent à s'immiscer dans l'élection du dictateur. Dans ces conditions, l'institution devient un instrument inefficace. D'ailleurs elle finit par devenir elle-même inutile : le triomphe des revendications plébéiennes rend inutile la dictature *seditionis secundæ causa* et l'éloignement du théâtre de la guerre hors du territoire romain celle *rei gerundæ causa*.

Ainsi, on n'utilise plus la dictature comme non correspondante aux nouvelles formes de la constitution réelle de l'Etat. Seulement, quand plus tard Sylla et César voulurent donner une apparence de légitimité à leur usurpation, ils s'intitulèrent « dictateurs », bien que la forme de leurs pouvoirs ne ressembla aucunement à la vieille institution républicaine. Cette nouvelle dictature de fait et non temporaire était plutôt quelque chose de tout à fait différent qu'on appelait la dictature *republicæ constituende causa* et qui préparait la voie de l'empire (1). Bien qu'abolie formellement seulement dans l'an 44 av. J.-C. par une *lex Antonia*, la dictature républicaine, cet ancêtre de l'Etat de siège moderne, avait cessé d'exister deux siècles plus tôt.

Si la dictature était un instrument primitif mais légal de la défense de l'Etat, le second instrument, que la démo-

(1) *Ibid.*, p. 34 et suiv.

cratie romaine a imaginé, n'avait que l'apparence de légalité. Le *sénatus-consulte ultimum*, sorti plutôt de la nécessité où se trouvait le Sénat, cette aristocratie de robe et d'argent, de maintenir sa domination, n'a résisté qu'aussi longtemps que cette classe avait la force de son côté.

Le Sénat n'avait pas le droit de légiférer. Le *sénatus-consulte ultimum* n'est pas une loi ; c'est seulement un appel à la vigilance des consuls en leur notifiant que la patrie est en danger : *videat consules ne quid detrimenti republica capit*. Les consuls pouvaient employer toutes les mesures, sauf d'en supporter les conséquences.

Dans ces conditions, l'instrument se trouvait inefficace devant les garanties juridiques que la constitution romaine accordait à la liberté. Ainsi, à côté de ce *sénatus-consulte*, on a dû organiser des mesures supplémentaires : le *decretum tumultus* consistait à ordonner aux citoyens de revêtir le *sagum* et de constituer la nation armée, le *justitium* consistait dans l'interruption des procédures juridiques pour assurer la liberté du temps aux magistrats.

Si ces deux mesures étaient conformes avec la constitution et la tradition romaine, la troisième, le *decretum contra republicam*, était sans aucun doute illégale. Par ce décret le Sénat indiquait au conseil, prévenu par le *sénatus-consulte ultimum*, quelles sont les personnes ennemies, *hostes*, qui ont agi *contra republicam*. Quelquefois le Sénat indiquait même la peine qu'il fallait infliger à ces personnes. De ce point de vue, la mesure était catégoriquement illégale parce que le décret *ultimum*, qui investissait les consuls d'un droit de vie et de mort absolu, c'est-à-dire *sine provocazione*, contrevenait aux dispositions d'une loi Valéria et du plébiscite Duilius. Parce que le Sénat était un collège juridiquement irresponsable, il est arrivé dans l'an

132 qu'un consul P. Popillius fut condamné à l'exil par les comices pour avoir trop obéi aux injonctions du Sénat en matière de sénatus-consulte ultimum. Après la crise de la conjuration de Catilina, Cicéron aussi tombe victime de l'illégalité du sénatus-consulte ultimum pris par le Sénat. Un plébiscite décida son exil et la confiscation de sa fortune.

Avec l'exil de Cicéron le sénatus-consulte ultimum est définitivement condamné comme système de protection à l'heure du péril. Son principal défaut était qu'il consistait dans une mesure d'autorité, sans jamais avoir été approuvé par l'opinion populaire ou consacré par la tradition.

Pour caractériser cette institution, nous nous bornons à reproduire l'appréciation que M. Théodore Rainach faisait sur cette institution dans sa thèse de doctorat très documentée, soutenue en 1885 : « La raison d'Etat, quand elle n'est pas servie par la légalité, a ce grave inconvénient qu'elle peut être invoquée par les deux parties adverses avec une égale apparence de justice. Optinius croyait sauver l'Etat en tuant Grochus, Catilina en complotant le meurtre de Cicéron. Entre les deux qui pouvait décider ? La force seule. Voilà pourquoi l'illégalité du sénatus-consulte ultimum, incertaine tant que la force restait du côté du Sénat, parut éclatante le jour où son inefficacité le fut ; le Sénat en courbant le front sous le joug des triumvirs n'eût pas même la consolation suprême de pouvoir dire qu'il avait lutté, souffert et succombé pour la loi » (1).

*
* * *

(1) *Ibid.*, p. 88.

Les juristes anglais, jusqu'à la guerre, très fiers de leurs institutions constitutionnelles, affirmaient que leur gouvernement peut faire face à toute crise politique, fondé seulement sur leur constitution souple et la législation du droit commun. « La loi martiale, disait Dicey, — au sens propre du mot qui veut dire : suspension de la loi ordinaire d'un pays ou d'une partie d'un pays par les tribunaux militaires — est inconnue au droit anglais. Nous n'avons rien d'équivalent à ce qu'on appelle en France : la « déclaration d'état de siège », en vertu de laquelle l'autorité, dont est généralement investi le pouvoir civil pour le maintien de l'ordre et la police, passe tout entière à l'autorité militaire. Ceci est une preuve évidente de la suprématie de la loi dans notre constitution » (1).

Tout emploi de la force armée découle en Grande-Bretagne de cette règle et de *comon-law*, d'après laquelle la couronne et ses agents ont le droit et le devoir de repousser la force par la force en cas d'invasion, insurrection ou de résistance violente à la loi. Bien plus, d'après la loi anglaise, les simples citoyens ont le même devoir que les magistrats et les soldats de combattre et de réprimer toute atteinte portée à la paix publique. Mais tous, sans exception, doivent rendre compte devant les juges de « l'usage d'une force excessive ». S'il y a mort d'homme le jury se prononce en dernier ressort dans tous les cas (2).

(1) Dicey, *Introduction...*, p. 245.

(2) *L'affaire de la mine des charbons d'Aekon du 7 septembre 1893* : Le capitaine Barker, avec un petit détachement de soldats, entouré des émeutiers qui ont mis le feu au bâtiment, après la lecture de *Riot Act* non suivi de dispersement dans une heure, ordonna à la troupe de tirer. Deux innocents sont tués. Lord Juge Bowen, chargé de faire l'enquête, écrit dans son rapport : « Un soldat appelé à rétablir l'ordre civil n'est tout simplement

Dans le système du droit public anglais on tâche de résoudre toute difficulté avec les principes du droit commun sans recourir à une législation spéciale. Le principe fondamental de ce droit public est la liberté individuelle qui est garantie par l'ancien *Habeas corpus act*. Ainsi le droit de réunion, qui, dans tout autre pays, fait l'objet d'une législation spéciale plus ou moins importante et est considéré comme un privilège spécial, est résolu en Angleterre par le principe de la liberté individuelle. Voilà la simplicité avec laquelle Dicey explique la chose : « A peut se promener dans High Street ou aller n'importe où, B a le même droit ; C, D et tous leurs amis ont également ce droit. En d'autres termes A. B. C. et D. et mille autres ont le droit de se réunir en public ». Comme chaque citoyen a le droit d'exprimer sa pensée envers son ami, il a le droit de l'exprimer devant tous ses amis réunis en public, indifféremment de ce que peut contenir sa pensée (1).

En Angleterre les garanties de la liberté individuelle n'ont pas d'exception pour raison politique ou raison d'Etat. L'arrestation ou l'expulsion d'un étranger pour des raisons politique ou de haute police y est impossible. Les tribunaux donneront un writ d'*Habeas corpus* permettant la libération de l'étranger, même si le Premier ministre vient jurer que l'arrestation s'est faite dans l'intérêt suprême de l'Etat (2). Ainsi le gouvernement britannique

qu'un citoyen armé d'une manière particulière. Sous prétexte qu'il est soldat, il ne peut pas être excusé s'il a tué un homme sans nécessité. Quand la nécessité est évidente, il est du devoir du soldat de tirer avec toutes les précautions raisonnables, afin de ne pas faire plus de mal qu'il n'en faut, pour protéger la personne ou la propriété... » Cité par Dicey, *op. cit.*, p. 428.

(1) Dicey, *op. cit.*, p. 244 et suiv.

(2) Cf. *Ibid.*, p. 202 et suiv.

est enfermé par la lettre de la loi dans toutes les occasions même les plus difficiles.

Mais que devient ce régime de stricte légalité en cas de péril, de trouble, d'invasion, alors que dans l'intérêt de la légalité même les règles de la loi doivent être violées ? L'originalité du système anglais consiste en ceci : le gouvernement viole la loi et se fie pour sa protection à un acte d'indemnité voté ultérieurement par le Parlement. En vertu du principe de la suprématie du Parlement britannique, celui-ci légalise l'illégalité (1).

Pendant les périodes de crises profondes, cet espoir d'un acte ultérieur d'indemnité n'est pas suffisant. La justice protectrice des libertés individuelles peut, comme nous l'avons vu, contrecarrer les actes nécessaires du gouvernement. Le Parlement alors, dès le commencement de la crise, vote un *Habeas corpus suspension act*. C'est une suspension provisoire de l'effet *Habeas corpus*. Mais la suspension provisoire de *Habeas corpus* n'enlève pas la possibilité pour celui qui a été emprisonné illégalement — même de bonne foi — qu'après la période de la suspension, demande devant la justice que l'auteur de l'injustice subie par lui, soit poursuivi et condamné à raison de sa conduite illégale. Ainsi, en principe, le gouvernement bri-

(1) Un exemple récent de la valeur pratique du système : Un étudiant d'Oxford vient de découvrir un texte de loi 1707 qui interdit au président du *Board of Trade* de siéger à la Chambre des Communes, sous la sanction de la perte du siège et d'une forte amende. Cette fâcheuse découverte aurait valu pour l'actuel président du *Board of Trade* une amende de 80.000 livres sterling et presque autant pour ses prédécesseurs qui depuis 1909 siégeaient illégalement aux Communes. Un bill d'indemnité rendu en octobre 1932 a légalisé rétroactivement la situation, illégale depuis 1909, et de cette manière le principe de légalité a été sauvé.

tannique, même pendant cette période, reste sous le coup d'une responsabilité possible.

C'est vrai que toujours, après ces périodes de *suspension act*, intervient un acte d'indemnité qui a l'effet d'amnistier tous les actes illégaux du gouvernement si ils ont été faits pour faire face aux nécessités du moment, mais il ne faut pas dire que le gouvernement est affranchi complètement des limites imposées par la loi. Il n'est affranchi qu'en tant que les mesures sont nécessaires et correspondent à l'intérêt général ; c'est seulement dans ce cas que l'acte d'indemnité sera voté.

Les actes du gouvernement, faits pendant cette période, restent illégaux du point de vue de la légalité formelle, mais ils ne sont pas illégaux au point de vue du droit transformé sous l'empire des nécessités présentes. L'acte d'indemnité ne fait que confirmer formellement, en bloc, cette transformation tellement rapide que le Parlement se trouve dans l'impossibilité de l'enregistrer au fur et à mesure. On doit remarquer en outre que l'acte d'indemnité, bien qu'il légalise des illégalités antérieures, est toujours une loi avec effet rétroactif. Donc, de ce point de vue, le principe de la légalité formelle est sauf.

Le procédé technique du droit public anglais devant les crises se caractérise donc par l'illégalité formelle des actes du pouvoir exécutif, sans pourtant suspendre, ni le principe du contrôle parlementaire, ni celui de la responsabilité. L'effet des lois en vigueur n'est pas suspendu, comme il arrive en cas de loi martiale ou de loi sur l'état de siège, mais l'illégalité de ces actes sera appréciée plus tard par le Parlement, appelé à se prononcer s'ils sont ou non en conformité avec le droit.

Le système anglais n'est possible que dans un état comme

la Grande-Bretagne qui suppose à la fois : 1^o une constitution très souple ; 2^o la suprématie du Parlement qui est toujours l'expression du pays ; 3^o un gouvernement qui ayant la confiance du parlement, cette confiance marquant qu'il y a toujours derrière lui l'opinion publique du pays. Pourtant, si la technique du droit public anglais paraissait suffisante aux juristes anglais jusqu'à 1914, pendant la grande crise que fut la guerre, on a dû ajouter quelque chose à cet instrument pour qu'il soit à la hauteur d'une situation tout à fait exceptionnelle.

* * *

Si les vieilles institutions de l'Angleterre justifiaient l'espoir de maintenir la légalité pendant les crises avec la législation ordinaire, d'autres pays, comme la Belgique et la Roumanie, qui ne sont pas dans la même situation, se sont trouvés, à la veille de la grande guerre, sans avoir une législation de prévoyance pour les cas de crise ; dès le premier jour de guerre, l'insuffisance de ces législations s'est manifestée, et il a fallu sauter dans l'inégalité.

En Belgique la constitution s'opposait à l'adaptation d'une loi sur l'état de siège qui implique nécessairement la suspension des libertés constitutionnelles (1). Ainsi ni le Parlement ordinaire, ni le gouvernement ne pouvaient prendre des mesures légales en dehors de la constitution rigide.

En Roumanie, une loi sur l'état de siège du 10 décembre 1864 pareille à la loi française de 1849 avait été abrogée

(1) P. Errera, *Interdépendance des pouvoirs en Belgique*, *Revue de droit public*, 1901, p. 459.

par la loi constitutionnelle de 1866 dont l'article 130 interdisait aux Chambres ordinaires d'instituer l'état de siège (1). Mais on n'a pas attendu la guerre pour démontrer l'insuffisance de la législation ordinaire. A l'occasion des jacqueries paysannes de 1907, le Parlement roumain vota une loi autorisant le roi à appliquer par décret l'ancienne loi abrogée de 1864.

* * *

La démocratie moderne, à l'instar de la démocratie antique, a cherché à adapter l'état de légalité à l'état de crise politique. Cette adaptation fut faite dans la plupart des pays par une institution légale, préparée d'avance et dont le but fut de surpasser la crise et en même temps d'assurer l'ordre et le respect du principe de la légalité : c'est *l'état de siège*.

Nous n'insisterons pas sur l'état de siège réel qui consiste dans la situation d'une cité assiégée par l'ennemi. C'est une situation militaire qui comporte une solution militaire, bien qu'elle ne soit pas dépourvue de certaines contingences avec le droit international et avec le droit public interne (2).

L'état de siège fictif ou politique reste, dans une certaine mesure, caractérisé par l'analogie qu'on en fait avec l'état de siège réel, mais tandis que celui-ci est une situation de fait, celui-là est une institution juridique déterminée par une loi.

(1) C. Rarincesco, *Decretele-legi si dreptul de necesitate*, Bucarest, 1924, p. 100, et P. Negulesco, *Tratat de drept administrativ roman*, Bucarest, 1925, t. I, p. 56.

(2) Cf. J. Barthélemy, *Le droit public pendant la guerre*, *Revue du droit public*, 1915, p. 139 et 151.

L'idée de légalité spéciale pour les cas de crise politique, apparaît en même temps que l'état démocratique moderne. La loi du 19 fructidor an V, intitulée *La loi contenant des mesures de Salut public prises relativement à la conspiration royale*, est la première loi qui reconnaît l'état de siège fictif, c'est-à-dire la mise d'une contrée dans un état de légalité exceptionnel, même si elle n'est pas investie d'ennemis et ses communications ne sont par interrompues. Elle décide le passage des pouvoirs aux mains des autorités militaires sans aucune modification de ces pouvoirs (1).

Après diverses tentatives, l'organisation de l'état de siège politique s'est trouvée arrêtée en France par les principes contenus dans la loi du 9 août 1849, principes dont les conditions d'application furent déterminées par la loi du 3 avril 1878.

Le principe de l'état de siège politique, d'après ces deux lois, est le suivant : l'institution préparée d'avance pour l'état de crise politique a pour but de parer à l'illégalité par une légalité spéciale. L'institution organise un renforcement du pouvoir exécutif et fait passer, de l'autorité civile à l'autorité militaire certaines attributions de police et de justice répressibles. Les libertés publiques reconnues par la constitution ne sont pas supprimées, mais leur exercice est soumis à un régime spécial, c'est-à-dire : du régime normal répressif on passe, sous l'empire de l'état de siège, au régime préventif et prohibitif qui est soumis aux autorisations préalables (2). Sous le régime de l'état de siège

(1) Paul Romain, *L'état de siège politique*, thèse Toulouse, 1918, p. 56 et suiv.

(2) J. Barthélemy, *op. cit.*, p. 136.

toutes les libertés sont atteintes, depuis la liberté de la presse jusqu'à la liberté commerciale.

L'institution de l'état de siège a un caractère exceptionnel et temporaire. Par son caractère exceptionnel on comprend que toutes les lois, dont le contenu n'a pas été atteint par la loi établissant l'état de siège, gardent leur entière vigueur en vertu du principe que les exceptions sont de stricte interprétation. En effet, l'article 9 de la loi de 1849 dit : « les citoyens continuent nonobstant l'état de siège, à exercer tous ces droits garantis par la constitution dont la jouissance n'est pas suspendue par l'article précédent ». Les compétences publiques restent celles fixées par la constitution tant qu'une modification n'a pas été disposée par la loi sur l'état de siège. Ainsi aucun article ne donne le droit au gouvernement d'édicter, pendant la durée de l'état de siège, des dispositions par voie générale contrairement aux lois en vigueur ; le gouvernement n'a donc pas le droit de faire des décrets-lois (1).

Du caractère temporaire de l'état de siège découle le principe que « l'état de siège ne peut être déclaré qu'en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée (loi du 9 août 1849) ».

L'état de crise ou de péril, et par conséquent la mise en application de l'état de siège, doivent être déterminés par une loi qui fixe sa durée. Quand les Chambres sont hors de session, le président de la République peut déclarer l'état de siège après l'avis du Conseil des Ministres, mais les Chambres doivent alors se réunir deux jours après. Quand la Chambre des députés est dissoute, l'état de siège ne pour-

(1) Duguit, *Traité*, t. III, p. 752.

ra être déclaré par le Président de la République que s'il y avait guerre étrangère et, dans ce cas, les collèges électoraux doivent être réunis dans le plus bref délai possible (art. 3). La levée de l'état de siège se fait : à la date fixée par la loi, dans le premier cas et à la date fixée par les Chambres, dans le second.

Dans les temps modernes, tout pays engagé dans la voie de la démocratie et qui aspirait à réaliser l'état de droit, s'est vu obligé d'instituer l'état de siège pour les cas de crise politiques graves. Mais cette institution a pris une physionomie adéquate au degré d'évolution politique de chaque Etat. La constitution fédérale de l'empire allemand (art. 68) autorisait l'empereur à déclarer l'état de siège conformément à une loi qui devait être faite et qui ne le fut jamais. Ainsi l'empereur recevait, d'après la constitution même, des droits dictatoriaux. En Prusse aussi, une loi du 4 juin 1851 sur l'état de siège décidait que son application sera proclamée par le roi sans l'assentiment du Parlement. En Hongrie, la loi LXIII-1912 sur les mesures exceptionnelles en cas de guerre donne des pouvoirs exceptionnels et même des pouvoirs législatifs aux mains du gouvernement. En Italie, avant 1922, la constitution souple de Charles Albert donnait au roi la possibilité de prendre des mesures exceptionnelles.

Ainsi, presque tous les Etats soucieux de leur légalité ont eut soin d'organiser une légalité spéciale pour l'état de crise et surtout pour l'état de guerre afin de ne pas être obligés, au moment du péril, de sombrer dans l'illégalité et l'arbitraire.

Nous allons examiner dans le chapitre suivant l'insuffisance de ces prévoyances législatives et ce qu'on a dû leur rajouter pour satisfaire toutes les nécessités du moment.

19. — *L'Expérience constitutionnelle de la Grande Guerre.*

C'est un fait incontesté que les démocraties sont entrées dans la guerre de 1914 sans une préparation législative suffisante. A l'exception de l'état de siège, institution assez incomplète, il n'y avait presque pas d'autres dispositions législatives de prévoyance pour le cas de guerre qui réclame une concentration extrême du pouvoir par un renforcement marqué de l'exécutif. Celui-ci n'était pas suffisamment organisé dans aucun des Etats démocratiques. Ainsi, pour parer à cette imprévoyance, tous les pays se sont vus dans l'obligation d'élaborer une législation de circonstance qui accordait *les pleins pouvoirs* à l'exécutif.

Un seul pays a tenu à tout prix à rester fidèle à la tradition démocratique et aux principes de la légalité intégrale en évitant la loi de plein pouvoir : la France.

Nous allons examiner comment s'est comporté le principe de la légalité devant les nécessités impérieuses de la guerre et les traces laissées dans le droit constitutionnel par ces nécessités. Nous allons choisir quelques Etats caractéristiques, par leur législation de prévoyance et leurs situations différentes sur l'échelle de l'évolution progressive des institutions politiques, pour nous rendre compte comment ces institutions ont résisté à la grande crise que fut la guerre.

* * *

I. — *La France.* — Sauf la loi sur l'état de siège du 9 août 1849, complétée par la loi du 3 avril 1878, la législation française ne prévoyait pas une adaptation possible de ses institutions pour le cas de guerre. Les rédacteurs

de la Constitution française de 1875 n'ont pas pensé à une organisation des pouvoirs publics pour ce cas.

Le commandement suprême de l'armée, d'après la constitution, appartient au Président de la République. L'incompétence d'un civil en matière militaire et le contrôle du Parlement étaient incompatibles avec la conduite militaire de la guerre et les secrets des opérations. D'après le décret du 28 octobre 1913 le commandement des armées est attribué par secteur. Le principal adversaire sera désigné et l'armée qui combattrait contre lui, c'est-à-dire « le groupe principal », sera mise sous la conduite du vice-président du Conseil supérieur de guerre. La coordination des opérations appartient au gouvernement. Ni l'organisation administrative, ni les rapports des pouvoirs publics n'avaient fait l'objet de mesures spéciales, bien que les projets d'organisation n'aient pas manqué (1).

L'adaptation des institutions créées pour la paix à la situation de la guerre s'est faite par des moyens empiriques, et on peut affirmer que ces institutions ont résisté avec des exceptions plus ou moins importantes.

Le 4 août 1914 le gouvernement Viviani profite de l'union sacrée et obtient la votation d'un texte permettant au gouvernement « d'ouvrir des crédits par décrets pendant la prorogation des Chambres ». C'est presque tout en fait de délégation de pouvoirs, donnée par le législatif à l'exécutif pendant la guerre. Le Parlement français n'a jamais accepté, à l'instar de ceux des autres pays, de donner les pleins pouvoirs à l'exécutif. L'obstination du Parlement

(1) Cf. Eug. Pierre, *L'organisation du pays en cas de guerre et Du pouvoir législatif en cas de guerre*, Paris, 1890.

se manifeste surtout vers la fin de l'année 1916, à l'occasion du projet du gouvernement Briand (14 décembre 1916) sur la délégation législative. A la Commission, où est envoyé le projet, le député Viollet constate d'abord l'inutilité de la délégation par l'argument que les Chambres ont su faire leur devoir, ayant voté en deux ans 248 projets de lois dont 45 dans un délai de dix jours. Il dit : « déléguer le pouvoir législatif c'est commettre un abus de confiance envers les électeurs et violer l'esprit de la constitution... c'est désavouer le droit public français, revenir à la confusion des pouvoirs » (1). C'est le point de principe qui caractérise le système français devant les nécessités de la guerre.

Même, quand ces nécessités deviendront d'une gravité excessive, les moyens choisis par l'exécutif seront, autant que possible, en conformité avec l'opinion du pays. Le 3 octobre 1916, M. Poincaré note dans ses mémoires : « L'heure sonnera bientôt où je serai dans l'obligation de mettre à la tête du gouvernement un homme qui sacrifiera tout à la guerre et saura vouloir. Fût-il Clémenceau, fût-il mon pire adversaire, je l'appellerai pour l'action. » Mais ce choix ne sera fait en dehors des règles parlementaires et de l'exigence de l'opinion publique. Une année plus tard, le 16 novembre, nous trouvons la note : « Comment refuser à l'opinion à peu près unanime des meilleurs patriotes une combinaison qu'ils croient leur offrir les garanties recherchées ? Je vois les défauts terribles de Clémenceau, sa mobilité, sa légèreté, mais ai-je le droit de l'écarter

(1) Pierre Renouvin, *Les formes du gouvernement de la guerre*. Série française dans *Histoire économique et sociale de la guerre mondiale*. Publication de la dotation Carnegie, Paris, p. 100.

alors qu'en dehors de lui je ne puis trouver personne qui réponde aux exigences de la situation » (1).

Au point de vue des rapports du Parlement avec le gouvernement pendant la guerre, on peut distinguer trois périodes :

1^o Du 4 août au 22 décembre 1914. C'est la période de la surprise. La vie constitutionnelle est suspendue, le législatif abdique ses fonctions, le pouvoir civil s'efface devant le pouvoir militaire, le gouvernement se retire à Bordeaux et on institue la censure préventive de la presse et les Cours martiales. Mais l'abdication n'est qu'une situation de fait, provisoire, sans consécration légale.

2^o Du 22 décembre au 16 novembre 1917. Les règles s'adaptent empiriquement à la situation de la guerre. La vie publique du Parlement est rétablie. Les Chambres se déclarent permanentes pour la durée de la guerre. Le contrôle parlementaire s'exerce constamment.

3^o Le gouvernement Clémenceau est caractérisé par une méthode de fermeté, reçu avec sympathie par l'opinion publique. L'autorité se manifeste dans le cadre de la constitution. Le rôle du Parlement est un peu effacé parce que le chef du gouvernement personnellement sent derrière lui l'opinion publique.

Le décret du 2 août 1914 met en état de siège tous les départements de la République. La loi du 5 août 1914 confirme sans discussion publique ce décret pour une durée indéfinie, contestable au point de vue juridique. Par le décret du 10 août 1914, le gouvernement déclare en état de guerre une partie du territoire, et par le décret du 3 sep-

(1) Raymond Poincaré, *Au service de la France*, t. IX, *L'année trouble*, 1917, Plon, Paris, 1932, p. 3 et 373.

tembre 1914 la mesure devient générale. Ces mesures devaient avoir une portée considérable sur les libertés publiques.

Première conséquence : Conformément à la loi de l'état de siège les personnes suspectes pouvaient être emprisonnées. La question du fameux carnet B vient en discussion. Le directeur de la Sûreté générale consulté par M. Malvy, ministre de l'Intérieur, conseille de ne pas emprisonner les suspects dont le nom figurait sur le carnet, pour le motif « qu'ils suivront la musique du régiment qui passe » ; mesure très sage contre les militants qui ont justifié cette confiance (1). Avec des mesures comme celle-là on peut affirmer que l'union nationale a été réalisée en France dès le début de la guerre.

Le Code de justice militaire amendé en 1906 n'était applicable qu'en temps de paix. Par le décret du 2 août et par la loi du 5 août 1914, les tribunaux militaires connaissent « toute infraction intéressant la sûreté de l'Etat et l'ordre public » même pour les civils. Par les décrets illégaux du 17 août 1914, les recours aux conseils de révision sont suspendus pour les jugements des armées, même si ces jugements sont illégaux ou entachés de nullité. Le décret du 6 septembre 1914 institue les cours martiales aux armées et supprime le peu de garantie de justice pour les prévenus des conseils de guerre ; les 5 membres du conseil de guerre deviennent 3 et le délai entre l'instruction et le jugement est supprimé (2). Les cours martiales ont jugé dans ces conditions, de 1914 à 1915, 789 ac-

(1) Pierre Renouvin, *op. cit.*, p. 30.

(2) J. Barthélemy, *Du renforcement du pouvoir exécutif en temps de guerre*, Paris, Alcan, 1915, p. 127.

cusés dont 281 ont été acquittés et 109 condamnés à mort (1).

Le 6 avril 1916, sur une proposition d'un député socialiste à la Chambre et l'invitation du gouvernement, une circulaire du Maréchal Joffre arrête le fonctionnement des cours martiales. Un décret du 28 février 1918, fait par le gouvernement sur l'invitation de la Chambre des députés, autorise les conseils de révision à examiner les condamnations à peine perpétuelle, travaux forcés ou déportation. C'est donc l'initiative parlementaire qui, par retouches successives, a sans cesse adouci le régime du conseil de guerre. Les troubles de juin 1917 dans l'armée ont obligé le gouvernement à recourir pendant un moment à des méthodes plus rigoureuses ; le recours en révision et le recours en grâce ont été supprimés. Mais aussitôt le mouvement calmé, les garanties de l'accusé ont été rétablies. Elles ont été maintenues et accrues jusqu'à la fin de la guerre (2).

La liberté de l'opinion a suivi en France pendant la guerre une évolution à côté et même indépendante des dispositions législatives. Le régime de la presse s'est accommodé tant bien que mal par des moyens empiriques, des continuels compromis entre les représentants de la presse et le gouvernement. La loi de 1849 donnait à l'autorité militaire le droit d'interdire les publications de toute nature capables de provoquer le désordre. C'était le moyen répressif avoué inefficace. La loi du 4 août 1914 réprimait les indiscretions de la presse en temps de guerre.

(1) Pierre Renouvin, *op. cit.*, p. 35.

(2) *Ibid.*, p. 37.

Bien que le visa préalable n'était pas indiqué dans les lois, dès les premiers jours de la guerre, l'institution de la censure préventive fut introduite. La censure n'a pas été tout à fait un acte arbitraire. Elle était, à un certain point de vue, préférable à la suppression. La presse s'est engagée elle-même par les directeurs des journaux à ne publier que les nouvelles communiquées ou contrôlées par le gouvernement. Mais bientôt « le pacte amiable » a dégénéré. La censure se considère comme investie de droit public dans sa fonction, les bureaux de presse deviennent tracassiers. Le gouvernement en 1914 a la tentation d'abuser de la censure pour des intérêts purement politiques : la censure protège les ministres et députés contre des attaques personnelles, empêche la campagne qui réclamait la convocation des Chambres et celle qui apportait des critiques justifiées à l'administration de l'armée et aux services publics. Pendant cette période, le rôle de la presse est complètement effacé. Un peu plus tard, le gouvernement décide de communiquer aux services publics le texte de l'article censuré pour qu'ils tiennent compte des critiques. En 1915 des tentatives de légaliser la censure restent infructueuses, devant l'impossibilité de trouver une formule de conciliation. L'attitude oppressive du gouvernement envers la presse dure jusqu'au ministère Clémenceau. Il suffit de remarquer, pour caractériser cette période, que l'entrée du *Times* en France avait été interdite.

Après le 16 novembre 1917, l'attitude du gouvernement envers la presse tend à se réduire aux strictes limites imposées par les nécessités de guerre. Dans la séance de la Chambre du 20 novembre 1917, le chef du gouvernement déclare : « la censure fournira des avis, rien que des avis à qui le sollicitera. En temps de guerre comme en temps de

paix, la liberté s'exerce sous la responsabilité personnelle de l'écrivain. En dehors de cette règle il n'y a qu'arbitraire et anarchie », et « le droit d'injurier les membres du gouvernement doit être mis hors de toute atteinte ». C'est seulement le 12 octobre 1919 que la loi de la presse du 5 août 1914 est supprimée avec l'état de siège.

La liberté économique était incompatible avec une guerre qui absorbait toute l'activité et toutes les ressources du pays. Il a fallu organiser la production dans le but de satisfaire les besoins de la guerre. Il a fallu associer l'initiative privée à l'effort des services publics. Il a fallu diriger et développer la production en dehors des prévisions de l'économie libérale ainsi qu'à la fin de la guerre, nous nous sommes trouvés en France, comme partout d'ailleurs, devant une étatisation presque complète de la production.

La liberté du commerce est presque supprimée. L'Etat fixe les prix, répartit les denrées, réquisitionne les productions, autorise les transports, fausse les contrats par des moratoires, prohibe des achats à l'étranger. L'Etat institue pour lui le monopole des matières premières, le contrôle des industries, et arrive jusqu'à la réquisition des usines. L'agriculture même est réglementée. La loi du 6 octobre 1916 organise la mise en culture des terres abandonnées. La liberté du travail aussi devient illusoire. Les grèves sont empêchées par la menace d'envoi au front (1).

Pour réaliser toutes ces choses, une législation incohérente a été faite *ad hoc*. Bien plus, le gouvernement français fut forcé de recourir quelquefois à la violation de la loi et, d'autres fois, il lui est même arrivé de se substituer illégalement au pouvoir législatif, ce qui était plus grave.

(1) Cf. P. Renouvin, *op. cit.*, p. 50 et suiv.

La violation de la loi était quelquefois justifiable par l'insuffisance de la législation devant les circonstances. Ainsi par exemple un maire de Meurthe-et-Moselle fût révoqué par le préfet au lieu de l'être par le Président de la République. La cause : l'attitude peu digne du maire devant l'invasion ennemie. « La mesure était aussi juste en elle-même et profondément illégale quant à la forme et à la compétence » (1). Un autre exemple : le mandat de quelques sénateurs est expiré. Conformément à la constitution, les collèges électoraux devraient être convoqués, mais le gouvernement se trouvait dans l'impossibilité matérielle de le faire. La solution fut anti constitutionnelle : la loi du 22 décembre 1914 qui ajourne les élections et proroge les pouvoirs des sénateurs sortants.

En ce qui concerne l'usurpation par le gouvernement de la fonction du Parlement, elle a été quelquefois justifiée par les vraies nécessités : Ainsi par exemple le décret pris par le gouvernement au commencement de la guerre, décidant la suspension de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 relatif à la communication des dossiers avant l'application des mesures disciplinaires, concernant les officiers. Il était hors de doute que, dans ce cas, l'impossibilité matérielle de réunir les Chambres se doublait de l'extrême urgence de la mesure à prendre.

Mais, dans d'autres cas, le concours des circonstances ne se réalisait pas. C'est ainsi que se présentait le cas pour le décret du 10 septembre 1916 en ce qui concerne cette suspension pour les fonctionnaires civils, le décret du 7 janvier 1915 portant interdiction de la vente de l'absinthe et beaucoup d'autres décrets en matière de ravitaillement

(1) J. Barthélemy, *op. cit.*, p. 124.

de 1916 et 1917 qui n'ont pas été soumis à la ratification parlementaire, ni remplacés par des lois.

Les tribunaux judiciaires n'ont pas hésité à déclarer illégaux ces décrets (1). Le Conseil d'Etat résout la question des illégalités de toutes sortes commises par l'exécutif avec une subtilité juridique qui lui fait honneur. Il n'emploie ni la théorie des nécessités, ni même la théorie des actes de gouvernement. En effet, le Conseil d'Etat n'oppose plus au recours en violation de la légalité la fin de non recevoir de l'acte de gouvernement. Il ne refuse pas d'examiner ce recours ; mais au fond il reconnaît au gouvernement un pouvoir plus étendu en temps de guerre qu'en temps de paix. Ce pouvoir n'est pas illimité, mais en tout cas il est beaucoup plus large. Ainsi le Conseil d'Etat est arrivé à établir une théorie tout à fait différente de celle des actes de gouvernement et qu'on a pu intituler *la théorie des pouvoirs de guerre* (2). Cette théorie est basée sur l'interprétation de textes de la législation spéciale pour la guerre qui constitue le fond de la légalité en ce temps. Le Conseil d'Etat ne regarde pas cette législation comme une exception au droit commun et ne l'interprète pas d'une manière restrictive. Au contraire, étant donnée la situation exceptionnelle de nécessité, le Conseil d'Etat donne aux textes l'interprétation conforme aux circonstances tout à fait spéciales.

M. J. Barthélemy constatait en 1915 que pendant la

(1) Cass. crim., 3 novembre 1917, S. 1918.1.145, par laquelle on refuse l'application du décret du 3 mai 1917, qui fixait à 85 pour cent le taux de blutage de la farine.

(2) Jèze, *La théorie des pouvoirs de guerre et les actes de gouvernement*, *Revue du droit public*, 1929, et A. Bosc, *Les actes de gouvernement et la théorie des pouvoirs de guerre*, *Revue du droit public*, 1926, p. 187 et suiv.

crise tout le droit constitutionnel d'un pays subit sans révision formelle, une transformation profonde (1). Non seulement le droit constitutionnel subit cette profonde transformation mais tout le droit étatique. Le Conseil d'Etat n'a fait que constater dans ses arrêts cette transformation. Il l'a fait en ce qui concerne : les lois élaborées en prévision de la guerre (2), il l'a fait relativement aux lois votées pendant la guerre pour satisfaire les nécessités immédiates (3). Bien plus, le Conseil d'Etat a donné une interprétation conforme aux nécessités de la guerre, même à la législation qui n'était pas faite en prévision de cette crise (4).

Cette jurisprudence est conforme à l'idée que la « loi est faite pour le pays non le pays pour la loi » et que la loi doit s'adapter à la vie et à ses nécessités, non la vie à la loi (5). C'est avec raison que M. Corneille, Commissaire du gouvernement, disait dans ses conclusions dans l'affaire Delmotte : « Vouloir en temps de guerre imposer à la vie étatique du pays les cadres juridiques du temps de paix étroitement interprétés, c'est vouloir craquer au premier contact avec les faits en cas de crise grave. » D'après lui, la loi sur l'état de siège doit être interprétée suivant les nécessités de la crise. Les législateurs de 1849 « n'avaient aucune idée des nécessités que pouvaient imposer, plus d'un demi-siècle après, au gouvernement des Etats mo-

(1) J. Barthélemy, *Du renforcement du pouvoir exécutif en temps de guerre*, p. 206.

(2) Arrêts *Delmotte* (Rec., 1915, p. 275), *Dole et Laurent* (Rec., 1919, p. 208), *Wanieck* (Rec., 1920, p. 923).

(3) Arrêt *Gauter* (Rec., 1920, p. 450).

(4) Arrêts *Heyries* (Rec., 1918, p. 561), *Syndicat national de la boulangerie de Paris* (Rec., 1920, p. 499), *Verrier* (Rec., , p.).

(5) J. Barthélemy, *op. cit.*, p. 122.

dernes, un grand conflit mondial. » Conformément à la théorie jurisprudentielle des pouvoirs de guerre, le renforcement de l'exécutif n'est pas un fait d'arbitraire, sorti de la puissance exceptionnelle dont dispose le gouvernement en cette circonstance. Il est un pouvoir de droit, réglé par le droit, limité par la loi qu'on interprète conformément à la transformation du droit. Nous sommes très loin de la théorie du droit de nécessité qui affranchit le gouvernement de l'obligation de conformer ses actes aux lois existantes. Nous sommes loin aussi de la théorie des actes de gouvernement qui soustrait certains actes du pouvoir au contrôle juridictionnel. Ici tous les actes du gouvernement peuvent être soumis à l'examen de la justice. Seulement celle-ci doit interpréter la loi conformément aux exigences des nécessités de la crise. Si l'acte du pouvoir dépasse, non seulement les limites fixées par la loi dans son interprétation stricte mais celles déterminées par une interprétation large, imposée par les vraies nécessités sociales, alors l'acte reste illégal et abusif, bien que le gouvernement invoque les nécessités de la crise. Et la justice française n'a pas manqué de condamner les actes de l'exécutif qui dépassaient les limites de la loi interprétée de la sorte.

Ainsi, grâce à la jurisprudence administrative, la France a abouti à concilier l'idée de la légalité avec le besoin du renforcement de l'exécutif imposé par les nécessités de la guerre.

Parlant des arrêts du Conseil d'Etat, d'où se dégage le contenu de la théorie des pouvoirs de guerre, M. Bosc dit : « on pourrait avoir l'impression qu'avec le retour de la paix l'étude de ces arrêts n'a plus qu'un intérêt rétrospectif. Il n'en est rien. Cette conciliation du respect de la légalité et de l'idée de la responsabilité de la puissance

publique avec la nécessité de satisfaire les besoins nouveaux et impérieux ne peut ne pas avoir une influence sur l'évolution du droit public. Elle a la valeur d'un exemple puisqu'elle montre que ce qui paraissait impraticable aux juristes du milieu du siècle dernier, était pourtant possible » (1).

On peut dire qu'en général les institutions de la France ont résisté à la guerre en s'adaptant automatiquement aux nécessités extrêmes. L'administration et le gouvernement ne se sont pas présentés comme une rupture brutale avec les principes sur lesquels repose la vie juridique et politique du pays. Le contrôle parlementaire, sauf les premiers jours de surprise, s'est exercé sans trop nuire à la liberté et à la spontanéité du mouvement de l'exécutif renforcé. La justice administrative n'a pas abdiqué son rôle de contrôler les actes du pouvoir. Le principe de la légalité, bien qu'il ait subi de temps en temps de légers accrocs, n'a pas cessé de constituer la norme fondamentale de conduite pour les gouvernants. Ainsi, à la fin de la grande épreuve, la forme de gouvernement française s'est retrouvée sur les mêmes bases de légalité et de démocratie.

* * *

II. — *L'Angleterre.* — Nous avons eu l'occasion d'exposer plus haut le système constitutionnel anglais qui n'a rien de correspondant à l'institution de l'état de siège. D'après le common-law, un militaire n'est qu'un civil armé d'une manière spéciale, et « une condamnation capitale prononcée par une cour martiale est considérée comme un meurtre, même en temps d'émeute » (2).

(1) A. Bosc, *op. cit.*, p. 257.

(2) Cf. Aff. *Wolfe-Tone* dans Dicey, *op. cit.*, p. 254.

Le système de l'acte d'indemnité, qui légalise ultérieurement les illégalités commises par l'exécutif (cf. n° 17), a paru insuffisant au gouvernement britannique au commencement de la guerre. Ainsi il s'est vu dans la nécessité de demander au Parlement le renforcement de son pouvoir par *la loi de plein pouvoir*.

Ce renforcement de l'exécutif s'est réalisé par une série d'actes qui commencent par *Defens of the realm acts* du 8 août 1914. Cette loi, votée sans discussion, donnait le droit au roi dans son Conseil de faire des règlements pour : fixer les pouvoirs de l'armée, de la marine, et de l'administration et d'autoriser le jugement par des tribunaux militaires dans certains cas déterminés par la loi. Elle fut modifiée le 28 du même mois en ce qui concerne le pouvoir du gouvernement relatif au régime de la presse, au domicile et à la circulation des individus, à l'acquisition et l'usage des terrains et au pouvoir réglementaire des autorités militaires ou navales.

Le Défens of the realm consolidation act 1914 du 27 novembre modifie et codifie les deux premières lois de plein pouvoir. Par cette dernière loi, le roi est investi du droit de faire tout règlement touchant la sécurité publique et la défense du royaume. Il peut attribuer la compétence des tribunaux civils et militaires pour l'application de ces règlements. L'article 4 de la loi prévoit même que par ces règlements pourra être prévue la peine de mort.

Les tribunaux ont fait une très large interprétation de ces règlements (1).

La façon dont le gouvernement britannique a utilisé les

(1) Cf. l'affaire *Zadig* sur l'internement d'un sujet britannique, dans Jèze, *La liberté individuelle en Angleterre*, *Revue du droit public*, 1916.

pleins pouvoirs donnés par ces lois, montre qu'en aucun moment, pendant la durée de la guerre, l'arbitraire n'a remplacé la légalité en Angleterre. Cet effet a été déterminé en grande partie par le contrôle que le Parlement a continuellement exercé sur l'exécutif, de sorte que le gouvernement fut toujours obligé de ne pas excéder les pouvoirs à lui donnés. Ainsi par exemple, en ce qui concerne le régime de la presse régi par le premier *défens of the realm act* 1914, le gouvernement avait le droit de faire des règlements pour interdire : la communication avec l'ennemi, « les informations dans le but de compromettre le succès des opérations des forces de Sa Majesté, et de venir en aide à l'ennemi. » Ce texte ne visant pas les simples indiscretions de la presse, le gouvernement a estimé qu'il ne pouvait interdire par règlement les nouvelles alarmantes et à cette fin il a dû demander l'autorisation du Parlement, qu'il obtint par le deuxième *Défens of the realm act* du 28 août 1914. Ce deuxième acte permettait de faire des règlements tendant à empêcher la propagation des rapports susceptibles de causer la désaffection ou de l'alarme ». Mais parce que ce nouveau texte a été interprété dans le sens qu'on pouvait interdire par des règlements les critiques contre les ministres, on a dû préciser par le troisième *act* du 27 novembre 1914 que l'interdiction réglementaire ne pouvait toucher que les écrits pouvant causer « la désaffection envers Sa Majesté » (1).

Par le *Défens of the realm (amendment) act* 1915 du 16 mars 1915, on a interdit au gouvernement de décider le jugement de délit de presse par les tribunaux militaires. L'exécutif ne pouvait donc légiférer par voie de règlement

(1) Jèze, *L'exécutif en temps de guerre*, p. 48 et suiv.

dans les matières non limitées ou retenues par les lois de plein pouvoir.

Dans le domaine des questions financières, impôts, emprunts, crédits, bien que le *Defens of the realm act* n'en dise rien, une pratique constante défendait au gouvernement toute mesure non approuvée préalablement par le Parlement. La ratification après coup de ces mesures était considérée comme inadmissible. Bien plus, dans la discussion d'une loi sur les bénéfices de guerre — *exces profit duty* — quelques députés proposant de donner des pleins pouvoirs en cette matière au gouvernement, celui-ci même a combattu l'amendement.

Pour toutes les *régulations* plus importantes en vertu des lois de pleins pouvoirs, le gouvernement provoque un débat dans la Chambre des Communes, ce qui permet aux élus de la nation de faire connaître leurs sentiments et d'exprimer leur approbation ou leur désapprobation de principe. Par exemple, dans le cas du règlement relatif à la presse et de celui relatif à l'internement des étrangers et des anglais suspects et surtout dans le cas de *contrôle of food supply* qui punissait le gaspillage et organisait la production alimentaire, le gouvernement demandait toujours l'approbation du Parlement (1).

Mais le plus important et le plus efficace moyen de contrôle du Parlement consistait dans les très nombreuses questions orales et écrites, les interpellations et les motions des Chambres adressées au gouvernement à l'occasion des *votes of credit*, *finance bill* et *appropriation bill*. A ces occasions l'activité du gouvernement était discutée et criti-

(1) *Ibid.*, p. 35.

quée par le Parlement qui pendant la guerre tenait des séances beaucoup plus fréquentes qu'auparavant.

* * *

III. — *La Suisse*. — Pendant la grande guerre, la Suisse s'est vue dans la nécessité de défendre sa neutralité par tous les moyens possibles avec la même obstination que d'autres pays devaient défendre leur territoire menacé. Dans cette situation surgissaient chaque jour des difficultés impossibles à surmonter à l'aide de la légalité démocratique organisée pour des temps plus calmes.

Le gouvernement suisse a, d'après la constitution fédérale, des pouvoirs assez réduits qui s'exercent sous un contrôle constant des assemblées. Le Conseil fédéral, expression du Parlement, ne disposant pas d'une homogénéité politique, est placé sous la stricte dépendance de l'Assemblée fédérale : Conseil national et Conseil des Etats. Ce gouvernement a un pouvoir réglementaire très réduit. En effet, d'après la constitution fédérale suisse, il ne peut formuler des règlements qu'en vertu d'une décision expresse de l'Assemblée et sous la réserve de l'approbation expresse de celle-ci.

Impressionnée par l'atmosphère de péril de guerre, l'Assemblée fédérale vote la *loi des pleins pouvoirs du 3 août 1914*. Par cette loi (art. 3) « l'Assemblée donne pouvoir illimité au Conseil fédéral de prendre toutes les mesures nécessaires à la sécurité, à l'intégrité et à la neutralité de la Suisse, à sauvegarder le crédit et les intérêts économiques du pays, et en particulier à assurer l'alimentation publique ». En outre, il fut ouvert au Conseil fédéral un crédit illimité, en vue duquel on lui donnait l'auto-

risation de contracter les emprunts nécessaires. Mais ces pleins pouvoirs ne signifiaient pas l'abandon du contrôle. L'article 5 décidait : que le Conseil fédéral devait rendre compte à l'Assemblée générale « dans sa plus prochaine session, de l'emploi qu'il aura fait des pouvoirs illimités qui lui sont accordés. » En vertu de cette loi, le gouvernement suisse a fait de nombreux arrêtés qui réglementaient, par exemple : le prix maximum, la fabrication et la vente de l'alcool monopolisé, les outrages envers le peuple, interdiction du commerce du lait, etc., etc... La plupart des objets de cette réglementation étaient de la compétence, non seulement du législatif ordinaire, mais même du pouvoir constituant. Au moment du vote de la loi des pleins pouvoirs, la constitutionnalité de cette procédure n'a pas même été posée, à tel point apparaissait impérieuse la nécessité de cette mesure (1).

Les arrêtés, pris par le gouvernement, étaient considérés comme des mesures prises par l'Assemblée fédérale et comme telles, soustraites au contrôle de la justice. Bien plus, cette délégation des pouvoirs faite par l'Assemblée fédérale au profit du gouvernement, impliquait non seulement une procédure non constitutionnelle, mais aussi une modification de la constitution par un organe non constituant.

Pourtant cette thèse non juridique est confirmée par l'arrêt dans le procès Millioud. Le professeur Millioud publie dans une revue un article diffamatoire contre le chancelier allemand. En vertu d'un arrêté du Conseil fédéral, il est poursuivi devant la Cour pénale du Tribunal fédéral au lieu d'être poursuivi devant le jury conformément à

(1) Cf. Jèze, *op. cit.*, p. 57 et suiv.

la constitution de 1874. Après les conclusions du Procureur général *ad hoc*, la Cour pénale fédérale donne un arrêt d'où se dégage : 1° qu'en cas de guerre, l'Assemblée fédérale peut déléguer au Conseil fédéral des pouvoirs illimités ; 2° qu'en vertu de ces pouvoirs illimités, le Conseil fédéral peut violer toutes les règles de la constitution, quelle qu'elles soient. Cet arrêt, très critiquable au point de vue juridique, n'est fondé que sur des considérations politiques. La justice abandonna donc son droit de contrôle juridique, ce qui fait qu'il ne restait plus que le contrôle politique basé sur le seul contrôle de l'Assemblée fédérale. Cet arrêt provoqua d'ailleurs un mouvement de protestation dans une partie de l'opinion publique et de la presse.

Après la première période de surprise, l'esprit profondément démocratique de la Suisse a dû réagir. Le correctif du pouvoir illimité de l'exécutif s'est imposé comme une nécessité aussi inextricable que les nécessités créées par la guerre. Les mécontentements produits dans l'opinion par l'affaire *Millioud* et l'affaire des *Colonels Egly et Wateuwil* (1) ont déterminé les membres du Conseil national à protester.

Devant la loi du 3 août 1914, un contrôle préventif ne pouvait être organisé, mais tout de même cette « conspiration du silence » devait prendre fin. Dans une série de séances très agitées de l'Assemblée fédérale, personne ne réclame l'abrogation des pleins pouvoirs, mais tous reconnaissent la nécessité de limiter les actes du gouvernement par un contrôle plus effectif des assemblées. Ainsi on a abouti au *pacte de Berne* du 15 mars 1916 par lequel on

(1) Officiers de l'état-major qui ont fourni des renseignements aux agents diplomatiques de l'Empire allemand (février 1916).

décidait que : 1° Le Conseil fédéral garde les pleins pouvoirs qui sont nécessaires ; 2° mais qu'il prend l'engagement de faire son rapport à l'Assemblée fédérale à chaque session sur les mesures prises par lui en vertu de ces pleins pouvoirs.

En effet, depuis cette date jusqu'à la fin de la guerre, le Conseil fédéral a régulièrement rendu compte à chaque session de son activité conforme à la loi des pleins pouvoirs. Les rapports étaient accompagnés d'amples discussions qui se terminaient soit par l'approbation pure et simple de ces rapports, soit par le vote des « postulats » qui invitaient le Conseil fédéral à prendre certaines mesures, suivant les indications plus ou moins précises données par l'Assemblée. Toutes ces discussions étaient suivies d'une large publicité, parce que « en associant tous les citoyens à la vie publique et au contrôle des actes du pouvoir, la démocratie a créé dans le peuple un grand besoin de clarté. Il veut savoir la vérité » (1). L'opinion publique suisse a reçu très favorablement toutes les mesures prises par l'exécutif en matière économique. Cet accueil favorable et unanime ne s'est pas manifesté à l'égard des mesures politiques. L'opinion publique, surtout après certaines affaires survenues en 1917 (2), se montre hostile. Les pleins pouvoirs résistent, mais l'hostilité de l'opinion a une influence considérable sur la manière dont on en fait usage. L'illégalité est continuée, mais la manière dont elle s'accomplit ne constitue pas l'arbitraire du moment qu'elle s'exerce suivant les vœux de l'opinion unanime.

(1) *Gazette de Lausanne*, 16 juin 1916, cité par Jèze, *op. cit.*

(2) Dans l'affaire *Hoffmann Greunn*. Cf. Jèze, *op. cit.*, p. 103 et s.

Du moment que la justice suisse a abdiqué son devoir de contrôler les actes de l'exécutif et de faire une adaptation juridique de la nouvelle situation, cette fonction ne restait qu'à la charge de l'Assemblée politique et, comme très justement le remarque M. Jéze, « lorsqu'une assemblée politique est chargée du contrôle de la constitutionnalité, on peut être certain que l'interprétation de la constitution sera faite, principalement sinon uniquement, au point de vue politique ; les arguments juridiques, les soucis du respect scrupuleux de la légalité, paraissant aux hommes politiques des subtilités et des arguties ; la presse parle volontiers sur ce cas, des discussions byzantines ». Bien que la justice fédérale n'ait pas fait à notre avis tout son devoir, l'opinion publique et les vieilles institutions démocratiques ont empêché que l'illégalité, commise par l'exécutif devant les nécessités, dégénère en arbitraire. Elles ont canalisé l'illégalité, en la limitant aux frontières de la stricte nécessité et en empêchant qu'elle servît de prétexte politique. Ainsi, la guerre passée, le règne absolu de la loi fut facilement rétabli.

* * *

IV. *L'Italie.* — Le roi d'Italie, d'après le statut albertin, était toujours investi, en tant que chef du pouvoir exécutif, du droit de faire des règlements ou ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois. Mais, en dehors de ce droit légal, le droit constitutionnel italien se trouvait être bien indulgent en ce qui concerne les ordonnances illégales et même inconstitutionnelles prises par l'exécutif en cas de situation exceptionnelle. Les juristes assez libéraux trouvent à cette procédure une justification méta-

physique qui n'est pas trop éloignée de la théorie allemande du droit de nécessité (1).

Avant la guerre l'exécutif faisait un usage très modéré de ses pouvoirs. A l'entrée en guerre de l'Italie, le Parlement vote la loi du 22 mai 1915, qui donne au gouvernement du roi, pendant la guerre, la faculté de faire des décrets-lois sur les matières qui concernent : la défense de l'Etat, la protection de l'ordre public et les besoins urgents et extraordinaires de l'économie nationale, donc presque toute l'activité législative. Il n'y avait qu'une seule limitation : le temps, « pour la durée de la guerre ». La question de la légalité de ces décrets s'est à peine posée, parce que le statut italien était une constitution flexible et le Parlement, à la manière du Parlement anglais, se considérait en permanence comme constituant.

Le gouvernement italien a fait pendant la guerre un usage très large et même abusif de ces décrets-lois. La question de l'appréciation judiciaire de ces mesures ne se posait pas, parce qu'elles étaient considérées comme actes législatifs proprement dits. L'attitude du Parlement italien par rapport au Parlement français, qui siégeait en permanence et au Parlement anglais, qui était presque permanent, fut excessivement réservée.

Le 28 mai 1917, malgré la protestation véhémement de Turatti, la Chambre des députés décide, par 283 voix contre 31, d'ajourner sa session *sine die* et de laisser au gouvernement le soin d'une convocation nouvelle.

Devant le manque de contrôle parlementaire et d'une

(1) Cf. S. Trentino, *Les transformations récentes du droit public italien de la charte de Charles Albert à la création de l'Etat fasciste*, Giard, Paris, 1929, p. 46 et suiv.

réaction sérieuse de l'opinion publique, le gouvernement, habitué par le pouvoir non contrôlé que les circonstances exceptionnelles de la guerre avaient mis dans ses mains, a continué d'utiliser le système de décrets-lois, même après la fin de la guerre. Bien plus, après la guerre, il en fait un usage tellement scandaleux que l'opinion publique commence à s'émouvoir. Des discussions passionnées paraissent dans les revues juridiques et dans la presse politique. La Cour de cassation en sections réunies a décidé, le 16 novembre 1922, de l'inconstitutionnalité de ces décrets abusifs en les déclarant : « actes arbitraires de gouvernement débordant de la sphère réservée au pouvoir exécutif, et partant en égard à leur nature intrinsèque inconstitutionnelle, n'ayant à leur base pas même une coutume de droit public et leur raison d'être étant contestée soit par les organes législatifs, soit par l'opinion publique » (1).

Mais la condamnation judiciaire venait trop tard. Habitué pendant la guerre à employer l'illégalité en invoquant les nécessités étatiques, le gouvernement italien a continué cette voie facile après la guerre. Ce manque de besoin de contrôle, cette attitude du Parlement et de l'opinion publique qui se résigne de bonne grâce à laisser toute la charge de l'Etat et de la législation entre les mains d'un exécutif sans contrôle, était une anticipation du fascisme. Celui-ci a trouvé la voie ouverte pour s'installer au pouvoir.

* * *

V. — *La Roumanie*. — Nous avons eu l'occasion de montrer que, la constitution roumaine de 1866 abrogeant la loi

(1) S. Trentino, *op. cit.*, p. 50.

antérieure sur l'état de siège, la Roumanie est entrée en guerre sans aucune législation prévoyant l'état de crise. Le premier acte du Parlement roumain au commencement de la guerre fut de voter une loi inconstitutionnelle, autorisant le gouvernement à établir l'état de siège conformément à la loi abrogée.

Pendant la guerre le gouvernement roumain, non seulement usa et abusa de l'état de siège, mais il s'est arrogé aussi le droit de faire des décrets, tenant lieu de loi. Il aurait pu facilement obtenir de la part du Parlement une loi de pleins pouvoirs comme en Angleterre, en Suisse et en Italie. Bien que cette loi eût été inconstitutionnelle, elle aurait de toute façon constitué une certaine limitation à l'exercice du droit d'édicter des décrets-lois. Mais aucun gouvernement de la guerre ne trouva nécessaire de partager sa responsabilité avec celle du Parlement.

Dans l'utilisation des décrets-lois le gouvernement ne connut aucune limite. Voilà le tableau qu'en fait un juriste roumain : « On a émis des décrets-lois tant dans le domaine du droit public que dans celui des rapports purement patrimoniaux et privés. On a émis tant pendant l'absence, que pendant le fonctionnement d'un Parlement, à la veille de sa convocation aussi bien qu'après sa dissolution ; on en a émis pour des nécessités spécialement graves et urgentes, aussi bien que pour d'autres qui, évidemment, n'avaient pas ce caractère » (1).

Dans l'application des décrets-lois, le gouvernement n'a trouvé une limite ni dans le contrôle politique exercé par le Parlement, ni dans le contrôle judiciaire exercé par les tribunaux.

(1) Const. Rarincesco, *Decretele legi si dreptul de necesitate*, p. 159.

Pendant la guerre, le Parlement roumain s'est montré très docile devant le gouvernement et n'a jamais sérieusement critiqué sa politique générale. Les décrets-lois étaient ratifiés avec de grands retards, en bloc et sans aucune discussion.

Le rôle des tribunaux et spécialement de la Cour de cassation s'est réduit à consacrer la politique du gouvernement. La Haute-Cour, par une série de décisions : 1° Affirme le droit du gouvernement de faire des décrets-lois contrairement au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs qui, d'après elle, ne peut jouer qu'en temps normal. 2° Que les tribunaux n'ont pas le droit d'examiner si les nécessités sont réelles ou non parce que ces mesures, ayant un caractère politique, restent en dehors du contrôle juridictionnel. Bien plus, la Haute-Cour de cassation, par une décision du 15 février 1919, semble adopter l'opinion que le gouvernement peut par ses décrets-lois modifier même la constitution (1). C'est la théorie du droit de nécessité sous une forme beaucoup plus grave que celle adoptée par la justice fédérale suisse, d'autant plus qu'en Roumanie, pendant la guerre, le contrôle politique étant inexistant, l'arbitraire du gouvernement fut virtuellement absolu.

Ce qui nous semble quelque peu singulier, c'est que cette doctrine anti-juridique paraît être adoptée par d'éminents juristes roumains, tels que M. le Professeur Paul Negulesco, qui tout en critiquant les abus, admet qu'en certains moments, le gouvernement « a le devoir de défendre la collectivité par n'importe quels moyens même extra légaux sans avoir la crainte qu'une juridiction puisse censurer son activité ». Et encore, pour justifier le manque

(1) Cf. *ibid.*, p. 161 et 191.

de prévoyance du constituant roumain qui, ni en 1866, ni en 1923 n'a précisé le droit et la limite du pouvoir exécutif pendant les crises, il dit : « il a considéré ce droit comme dérivant de la nécessité même dans laquelle l'Etat se trouve. Le constituant de 1923 a seulement jugé utile de rappeler que les actes du gouvernement ne sont sujets à aucun contrôle juridictionnel » (1).

La guerre passée, le gouvernement roumain comme le gouvernement italien, ayant pris l'habitude du pouvoir illimité, n'admettait pas de s'en séparer de son bon gré. Les nécessités et le péril de la guerre passés, il inventait de nouvelles nécessités et de nouveaux périls. L'arbitraire continue. Toute tentative de résistance est réprimée ; le Parlement, bien qu'un peu moins docile, est encore impuissant, la justice confirme encore la pratique gouvernementale contraire au droit. Le gouvernement maintient jusqu'en 1924 l'état de siège partial. Il légifère toujours par des décrets-lois dans des matières qui n'accusent aucune urgence et aucune nécessité impérieuse et malgré que le Parlement se trouve en session. Les commandants militaires suspendent la constitution dans leurs garnisons par des ordonnances, le gouvernement suspend l'application des lois par des journaux du Conseil des ministres (2). La censure de la presse continue à fonctionner, la vie constitutionnelle continue d'être interrompue comme pendant la guerre.

Mais peu à peu l'esprit public se réveille en organisant des points de résistance qui se groupent en partis politiques d'opposition. Ceux-ci et la presse mettent un frein de plus en plus efficace à l'arbitraire du gouvernement. Longtemps

(1) Paul Negulesco, *Tratat de drept administrativ roman*, t. I, p. 447.

(2) Paul Negulesco, *op. cit.*, p. 56 et suiv.

après la guerre, et avec de grandes difficultés, la vie constitutionnelle reprend son cours d'avant-guerre. Le parlementarisme est loin de constituer une réalité, mais en tout cas, du moins formellement, la séparation des compétences est respectée, la presse libre peut critiquer les actes du pouvoir. Le principe de légalité n'est pas sans subir de temps en temps de graves exceptions, mais la justice roumaine est redevenue assez soucieuse d'assurer le règne de la loi. On ne peut pas dire que la démocratie et le principe de la légalité aient complètement triomphé, mais ils ont du moins empêché l'instauration définitive de l'arbitraire, héritage de la guerre, comme les faits se sont passés en Italie.

20. — *L'exécutif démocratique et les décrets-lois.*

L'expérience constitutionnelle de la guerre a mis en évidence ceci : le principe de la légalité matérielle pendant les crises ne peut être respecté qu'avec une organisation sagement démocratique. Elle a prouvé aussi que pendant ces périodes, où le degré d'imprévisibilité politique et sociale est sensiblement accru, un exécutif fort devient nécessaire.

Mais l'exécutif fort, à l'époque où nous vivons, ne signifie pas gouvernement arbitraire ou abusif. Bien que la chose semble paradoxale, il n'y a de véritable gouvernement fort que celui dont les actes peuvent être constamment appréciés, critiqués et contrôlés par le Parlement et l'opinion publique. A cette condition seulement, l'activité du gouvernement peut s'exercer en dehors des textes de lois sans risquer d'excéder le cadre du droit ; elle peut remplir son rôle politique tout en gardant un caractère juridique.

Après la guerre, les devoirs de l'Etat sont devenus de

plus en plus lourds et, comme constate Bryce, « plus les devoirs dévolus à l'Etat deviennent lourds, plus impérieuse se manifeste la nécessité de le pourvoir de la machine la plus efficiente et la plus apte à permettre au peuple d'exercer son contrôle. Tant que le pouvoir fut confié à une classe minoritaire, le peuple se méfiait de tout élargissement des pouvoirs de l'Etat, le considérant comme une atteinte à sa liberté civile ou individuelle ; quand le peuple obtient le contrôle de son gouvernement, cette méfiance commence à se dissiper » (1). Par conséquent toute politique d'intervention sociale ne peut être efficacement poursuivie que par un gouvernement démocratique.

D'une part, la nécessité d'un exécutif fort pour faire face aux besoins changeants suivant le rythme accéléré de la vie sociale, celle, d'autre part, d'un contrôle populaire constant pour assurer la confiance dans les réformes nécessaires : tels sont les grands problèmes d'ordre constitutionnel qui ont agité le monde d'après guerre.

Au moment de l'élaboration de la plupart des nouvelles constitutions d'après guerre, la lutte s'est donnée entre l'ancien et le nouveau régime, après une révolution plus ou moins réussie. Or les révolutionnaires ont un trop cuisant souvenir de l'ancien régime, pour ne pas chercher à limiter, par tous les moyens, les pouvoirs de l'exécutif devant les Chambres représentatives. Ceci s'est passé après 1789, après 1848 et aussi après la grande guerre. Certaines nouvelles constitutions d'après guerre, bien qu'élaborées avec le concours des grands juristes, ont voulu créer un législatif fort pour l'opposer à l'exécutif. Mais, devant l'état d'incertitude des nouveaux Etats, l'exécutif,

(1) Bryce, *op. cit.*, p. 24 et 74.

trop faible, s'est vu dans l'impossibilité de faire face à la crise politique financière et économique et de respecter en même temps la lettre de la constitution. Alors la constitution a été pratiquement violée dès le premier jour ; la primauté du législatif sur l'exécutif a obligé celui-ci à passer outre (1).

Ainsi, une révision constitutionnelle s'est imposée, dont le but était d'adapter la situation légale à la situation de fait, pour le renforcement de l'exécutif. Par exemple, après la révision du 10 décembre 1929 de la constitution fédérale autrichienne, le président de la Confédération qui était élu par l'Assemblée fédérale (art. 60), est désormais élu par le peuple ; il a le droit de nommer le chancelier, lequel était élu auparavant par le Conseil national comme les autres membres du gouvernement (art. 70) ; il reçoit enfin le droit de dissoudre le Parlement. En Pologne, la primauté du législatif a contribué à la révision constitutionnelle de 1926 et celle de 1929 qui a institué la primauté de l'exécutif, c'est-à-dire un régime extra-juridique.

Mais il y a des constitutions nouvelles d'après guerre qui ont compris, dès le début, la portée et la signification de l'exécutif moderne dans le régime démocratique. Elles contiennent des dispositions, qui montrent la préoccupation des constituants à formuler dans les textes constitutionnels, ce qui se passe réellement dans la politique contemporaine, c'est-à-dire de *rationaliser* le pouvoir.

En effet, comme l'a très bien démontré M. Mirkine Guetzevitch (2) dans les démocraties modernes, il n'existe plus l'ancien antagonisme entre le législatif et l'exécutif, car

(1) Cf. Mirkine Guetzevitch, *Les nouvelles tendances*, p. 112 et s.

(2) Mirkine Guetzevitch, *op. cit.*, p. 200 et suiv., *Les constitutions de l'Europe nouvelle*, Paris, 1928, p. 18 et suiv.

aujourd'hui ces deux pouvoirs se complètent réciproquement. Aux origines du régime parlementaire contemporain, la lutte se donnait entre les partis politiques pour former la majorité qui devait *contrôler* l'exécutif ; aujourd'hui la lutte se donne pour avoir la majorité afin de *former* l'exécutif (1). Le pouvoir du gouvernement ne se pose plus comme une notion distincte du pouvoir du Parlement, parce que celui-là est devenu une sorte de « comité exécutif du Parlement » ? En pratique, quand le chef d'Etat nomme le premier ministre, il le fait d'après l'indication de l'opinion publique exprimée par le résultat des élections. Mais, pour former le Cabinet, la personne désignée doit avoir la confiance de la majorité, ce qui veut dire que, s'il est désigné par le chef d'Etat, il est en réalité élu par le Parlement. Par conséquent, entre le Cabinet et le Parlement, il n'y a pas seulement un rapport de contrôle, mais un rapport de confiance et de collaboration.

Dans ces conditions, il peut se réaliser — si le système n'est pas faussé — un exécutif démocratique fort, ce qui constitue une nécessité technique du régime de la liberté. Un Cabinet, constamment contrôlé par le Parlement et par l'opinion publique et qui jouit de la confiance de la majorité, est un gouvernement omnipotent comme est par exemple le Cabinet britannique. « La faiblesse n'est pas la caractéristique pour le régime parlementaire, mais au contraire le régime parlementaire dans son idée, dans sa conception véritable, est le plus grand renforcement de l'exécutif qui puisse être établi par la démocratie » (2). La question de la primauté du législatif ou de l'exécutif ne

(1) Cf. J. Barthélemy, *L'introduction du régime parlementaire en France, sous Louis XVIII et Charles X*, Paris, 1904.

(2) Mirkin Guetzevitch, *op. cit.*, p. 201.

se pose pas, parce que cette primauté ne peut plus être conçue juridiquement.

Le système typique de constitution, qui va jusqu'à la confusion des pouvoirs, est la constitution fédérale suisse, qui établit une dépendance totale de l'exécutif au législatif. D'après l'article 102 de la Constitution fédérale, le Conseil fédéral (*Bundesrath*) est un collège directorial, sans homogénéité, sans initiative propre, qui est élu pour trois ans par l'Assemblée fédérale et qui doit subir les injonctions de celle-ci.

Les nouvelles constitutions de l'Europe d'après-guerre, qui ont adopté presque le même système plus ou moins directorial, sont les constitutions de Prusse, de Bavière et d'Autriche. En Bavière, l'article 58 de la constitution du 14 août 1919 décide que le Premier Ministre est élu par la Diète, et celui-ci, à son tour, présente à l'approbation de la même assemblée la nomination de ses collaborateurs. D'après l'article 45 de la Constitution de Prusse du 30 novembre 1920, la Diète élit sans discussion, le Président du Conseil qui nomme les autres ministres. Ces deux Etats n'ont pas un Président qui remplisse le rôle de chef d'Etat.

Le Président de la République autrichienne, d'après la constitution du 1^{er} novembre 1920, ne nommait pas le Président du Cabinet fédéral. L'article 30, dans sa rédaction originaire, décidait que : « le gouvernement fédéral est élu au scrutin nominal par le Conseil national sur une liste d'ensemble présentée par la commission centrale ». Mais ce système, qui en fait assurait la primauté du législatif en rompant l'équilibre nécessaire, s'est avoué insuffisant. Ainsi, par la révision constitutionnelle du 10 décembre 1929 qui a eu comme but justement de renforcer le pouvoir de l'exécutif, le Président de la République, qui n'est plus élu

par le Parlement mais par le peuple (art. 60), reçoit le droit de nommer le Premier Ministre et le droit de dissoudre le Parlement (1).

Presque toutes les nouvelles constitutions d'après guerre ont établi des moyens techniques, destinés à assurer efficacement le principe, que l'exécutif doit, en tout moment, avoir la confiance de l'opinion publique exprimée par le Parlement. Ainsi par exemple, l'article 84 de la Constitution de Weimar : « le Chancelier du Reich et les ministres du Reich doivent jouir de la confiance du Reichstag. Si le Reichstag retire sa confiance à l'un d'eux par un vote exprès, il doit démissionner. » L'article 74 de la constitution autrichienne : « le gouvernement fédéral ou le ministre, auquel le Conseil national refuse sa confiance par une résolution formelle, doit être relevé de ses fonctions ». La constitution tchécoslovaque du 18 octobre 1918, article 75 : « le gouvernement est responsable devant la Chambre des députés qui peut lui refuser sa confiance » etc., etc...

De cette façon, si ce n'est pas le Parlement qui nomme le Cabinet, on donne au gouvernement la possibilité d'être un exécutif puissant, mais à condition qu'il ne soit jamais en divergence avec l'opinion de la majorité.

Mais ce n'est pas tout. La technique constitutionnelle doit assurer une certaine stabilité au gouvernement et doit le mettre à l'abri des humeurs changeantes d'une majorité impressionnable. La chose a été réalisée, dans les nouvelles constitutions, par une procédure qui empêche les chutes trop fréquentes des ministères, entraînées par la facilité des votes de non confiance.

(1) Cf. Mirkine Guetzevitch et A. Tibal, *L'Autriche*, Paris, Delagrave, 1932, p. 52 et suiv.

La constitution tchécoslovaque décide que les ordres du jour de défiance ne peuvent être votés qu'en présence de la majorité absolue des députés et à la majorité absolue des voix. L'article 76 prévoit que la proposition d'un ordre du jour de défiance doit être signée par au moins cent députés et transmise à une Commission qui doit faire un rapport. Des dispositions presque analogues se trouvent dans la Constitution de Prusse (art. 57) et de l'Autriche (art. 74).

La constitution de la République hellénique de 1927 établit, par l'article 88, une procédure qui assure une certaine stabilité au ministère. Après avoir établi que la Chambre peut, par un vote, retirer la confiance au gouvernement dans son ensemble ou en un seul de ses membres, l'article 88 décide que lorsqu'une motion de défiance a été repoussée, elle ne peut être renouvelée qu'après un délai de deux mois. Une motion de défiance ne peut être mise en discussion, si elle n'est pas signée par vingt députés au moins et si elle ne spécifie pas nettement les sujets sur lesquels portera le débat. La discussion ne peut commencer que deux jours après le dépôt de la motion. Une contre-proposition, signée par 20 députés, peut déterminer un ajournement de 48 heures du vote de confiance ou de défiance.

La constitution républicaine espagnole du 10 décembre 1931 montre au plus haut degré cette préoccupation d'assurer un exécutif fort dans la démocratie. Les constituants espagnols semblent avoir été inspirés dans la rédaction de leurs lois fondamentales par les difficultés d'ordre parlementaire surgies surtout après la guerre dans les autres pays (1). Ils ont utilisé l'expérience des autres constitutions

(1) Cf. Alfredo Posada, *La nouvelle constitution espagnole*, Sirey, 1932.

et se sont gardés de manifester envers l'exécutif la haine habituelle des assemblées révolutionnaires. L'article 64, après avoir formulé la *censure* de la Chambre envers le gouvernement, décide d'une procédure à la fois dilatoire et raisonnable sur le vote des censures. Toute motion de défiance doit porter la signature d'au moins cinquante députés et doit être motivée. Cette proposition devra être communiquée à tous les députés et ne pourra être discutée et votée que lorsqu'il se sera écoulé cinq jours après sa présentation. Le vote de censure ne sera pas valable à l'encontre des ministres s'il n'est pas approuvé par la majorité absolue, non des députés présents, mais des députés qui constituent la Chambre. C'est seulement dans ce dernier cas, dit le texte, que « le ministère sera considéré obligé à démissionner ».

Plus d'une année est passée depuis que la nouvelle constitution issue de la révolution espagnole a été élaborée dans l'enthousiasme général. Depuis lors, la nouvelle république dispose d'un gouvernement fort, et en même temps, légal parce que la force de ce gouvernement est conforme à l'esprit et à la lettre de la nouvelle loi fondamentale. Ce gouvernement a dû lutter contre les nécessités et les grandes difficultés de tout ordre, très naturelles à un changement de régime politique effectué en pleine crise sociale, mais, jusqu'à présent, il a vaincu les difficultés sans s'être éloigné du principe de légalité et tout en respectant le principe démocratique.

La majorité qui soutient et contrôle constamment le gouvernement espagnol n'est pas actuellement une majorité homogène. Plusieurs partis politiques de nuances assez différentes forment « le bloc » gouvernemental. Amputée de son aile droite, cette majorité ne représente pas moins,

dans ses lignes générales, l'opinion publique de la péninsule. Depuis un an, le gouvernement a fait des emprisonnements de personnes suspectes, des répressions des troubles anarchistes, des suspensions de journaux et a pris des mesures d'épuration de l'administration et même de l'armée, le tout dans le but de mettre la République à l'abri des coups de violence venus de gauche et de droite. Ces mesures ont été critiquées, considérées même comme violant la constitution ; mais à ces critiques on a répondu que les mesures prises étaient conformes à *la loi sur la défense de la République* et, en tout cas, elles avaient l'approbation d'une majorité, qui représente l'opinion de la plus grande partie des citoyens de la République. Ainsi, ces mesures, qui semblaient arbitraires de la part du gouvernement, n'ont soulevé les protestations que de la part de ceux contre qui elles étaient prises ; aucune réaction ne s'est produite dans l'opinion publique librement exprimée par le moyen des élections et de la presse.

Toutes ces considérations nous permettent de conclure, qu'un gouvernement fort n'est pas nécessairement un gouvernement illégal du moment que ses actes, tout en n'étant pas en stricte conformité avec les textes de la loi, ne vont pas à l'encontre des intérêts de la grande masse des citoyens et sont approuvés par l'opinion publique. Une constitution démocratique doit disposer de moyens permettant à un gouvernement fort d'agir en cas de nécessité, même contre la loi, mais jamais contre le droit.

* * *

Nous avons vu comment, pendant la guerre, l'exécutif, devant les nécessités de la crise, a usurpé partout la com-

pétence du législatif en édictant des *décrets-lois*. Nous avons vu que dans certains pays, cette procédure, bien que prévue par la constitution, a constitué un abus, et qu'au contraire, dans d'autres pays, malgré qu'elle n'était ni prévue, ni permise par la loi fondamentale, a été unanimement acceptée comme naturelle. C'est que, dans ce deuxième cas, les décrets-lois ont été pris avec le respect des principes du parlementarisme, c'est-à-dire que cette immixtion des compétences s'est faite dans la mesure des nécessités réelles pour réaliser le droit et non pour s'en éloigner.

Cette pratique a certainement inspiré les auteurs des nouvelles constitutions d'après-guerre, qui presque tous ont tâché de réaliser un gouvernement démocratique fort pouvant dans l'état de crise, non seulement prendre certaines libertés avec les textes de la loi, mais s'attribuer provisoirement la compétence du législatif, pour faciliter la réalisation du principe de la légalité formelle. Ces constitutions ont prévu différents moyens techniques, dont le but est de donner au gouvernement la liberté nécessaire dans ces cas mais, en même temps, de prendre toutes les mesures possibles afin que cette liberté ne soit pas utilisée à d'autres fins que l'intérêt commun, et conformément au droit. Bien qu'expression du Parlement, le gouvernement doit être contrôlé, parce que, comme disait Montesquieu : « la vertu même a besoin de limites ».

Cette limitation apportée à l'exécutif en ce qui concerne sa compétence d'édicter des décrets-lois, des lois provisoires ou, comme on les appelle encore, — improprement à notre avis — des décrets de nécessité ou *Notverordnungen*, est conçue différemment d'après l'esprit de chaque constitution.

Dans la constitution tchécoslovaque du 18 octobre 1918,

nous constatons un effort très louable en vue d'une réglementation assez claire et assez détaillée des mesures exceptionnelles. L'article 54 de cette constitution prévoit une collaboration constante du législatif avec l'exécutif pour assurer ces mesures. Un comité de 24 membres, élus par les Chambres et représentant proportionnellement tous les partis, est destiné à aider et à surveiller le gouvernement pendant les vacances ou la dissolution des Chambres. Ce comité parlementaire a la compétence nécessaire de « prendre des mesures urgentes, même celles qui demanderaient normalement une loi ». D'après l'alinéa 8, le comité ne peut pas, par ces mesures : a) élire le Président de la République ; b) modifier la loi constitutionnelle ; c) imposer des charges fiscales nouvelles, et d) autoriser une déclaration de guerre. Les décrets-lois ne peuvent être pris que sur la proposition du gouvernement et l'approbation du Président de la République. Ils doivent être approuvés par la majorité absolue du nombre total des membres du comité. Ils ont un caractère provisoire parce que, s'ils ne sont pas ratifiés par les deux Chambres dans les deux mois après leur réunion, ils sont considérés comme abrogés. Ces décrets-lois, non seulement ne sont pas soustraits au contrôle juridictionnel, mais le gouvernement a l'obligation de les soumettre, dès leur promulgation, au contrôle de la Cour constitutionnelle qui a la compétence de décider s'ils satisfont les dispositions de l'alinéa 8, lettre b, c'est-à-dire s'ils ne sont pas anticonstitutionnels.

La technique constitutionnelle tchécoslovaque, destinée à renforcer l'exécutif, en le pourvoyant d'un instrument légal capable de faire face aux nécessités urgentes, a servi de modèles à d'autres constitutions ultérieures, telle que la constitution autrichienne, lors de sa modification du 11 dé-

cembre 1929, et à la constitution espagnole du 9 décembre 1931.

La constitution autrichienne du 1^{er} octobre 1920 était caractérisée par la primauté du législatif sur l'exécutif. L'article 18 décidait que tout règlement et tout décret ne pouvait être fait que dans les limites de la loi. Déterminé par les nécessités sociales et politiques à renforcer l'exécutif, le constituant de 1929 modifie le contenu de l'article 18. Le nouvel alinéa 3 dit : « Si, pour éviter à la collectivité un dommage manifeste et irréparable, l'adoption immédiate des mesures pour lesquelles la constitution exige une décision du Conseil national est nécessaire, à un moment où le Conseil national n'est pas réuni, ne peut se réunir en temps utile ou est empêché d'exercer son activité pour une cause de force majeure, le Président de la Fédération, sur la proposition du gouvernement fédéral, sous sa propre responsabilité et sous celle du gouvernement, peut prendre ces mesures par des ordonnances provisoires modifiant la loi... ». Ce droit du Président est soumis à l'approbation de la *Commission principale*, élue par le Parlement avec la représentation proportionnelle des partis comme en Tchécoslovaquie (1).

Dans la constitution de Prusse du 30 novembre 1920, la procédure des lois provisoires est réglementée par l'article 55 : « Dans une affaire intéressant l'ordre public, ou dans un cas d'extrême urgence, le Conseil des ministres peut, tant que la Diète n'est pas réunie et d'accord avec la Commission Permanente prévue par l'article 26, prendre avec force de loi toutes les dispositions utiles qui ne sont

(1) Mirkine Guetzevitch et A. Tibal, *L'Autriche*, p. 53.

pas contraires à la constitution. La Commission Permanente a comme fonctions « de sauvegarder les droits de la représentation populaire vis-à-vis du Conseil des ministres » pendant les vacances de la Diète.

La constitution de Léthonie du 15 février 1922, par son article 81, prévoit la possibilité pour le Conseil des ministres de prendre des « règlements de nécessité » avec des restrictions concernant certaines matières, mais sans avoir institué une Commission Permanente. Seulement, les règlements perdent leur vigueur s'ils ne sont pas présentés dans un délai de trois jours à la Diète après l'ouverture de sa session. Ces dispositions ont été complétées par la loi du 10 avril 1929.

Des dispositions constitutionnelles, réglementant la compétence législative de l'exécutif en cas d'urgence, se trouvent aussi dans la plupart des nouvelles constitutions d'après guerre, comme par exemple : Bavière (art. 61), Hesse (art. 9), Dantzig (art. 25), Mecklenbourg (art. 9), Finlande (loi du 18 novembre 1930). La constitution yougoslave du 18 juin 1921 (dans son article 130) et la constitution polonaise, par la révision de 1926 (dans son art. 44), contiennent des dispositions pareilles ; mais en fait ces réglementations sont provisoirement dépourvues de valeur, parce que, dans ces deux pays, le régime parlementaire est pratiquement supprimé.

La constitution de Weimar du 11 août 1919 a voulu aussi instaurer un gouvernement à la fois démocratique, parlementaire et fort. Mais, après plus de treize années d'expérience constitutionnelle, on peut se demander si les desseins des constituants de 1919 n'ont pas été dépassés.

Il y a des exemples où des peuples ont été bien gouvernés avec des constitutions médiocres et inversement quand de

bonnes constitutions n'ont pas réussi à déterminer un bon gouvernement. Il paraît que le peuple allemand d'après guerre ne se trouve dans aucune de ces deux catégories. Il a besoin d'une constitution parfaite pour être bien gouverné, car il paraît que le sentiment de légalité est en Allemagne plus incliné vers la lettre de la loi que vers son esprit.

Les constituants de Weimar ont entendu faire du Président de la République, chef de l'exécutif, un médiateur et un arbitre entre les partis et entre les classes sociales. Leur intention fut de lui donner à cette fin des pouvoirs supérieurs à ceux dont il jouit dans d'autres pays, comme par exemple en France. Au lieu de le faire élire par les Chambres, ils ont fait le chef de l'Etat éligible par le peuple, comme aux Etats-Unis.

Par l'article 25, la constitution de Weimar donne au Président le droit de dissoudre le Parlement mais elle dit : « Une fois seulement pour le même motif », formule qui contient une très insignifiante limitation. Conformément à l'article 48, alinéa 2, il a le droit d'édicter des décrets, non seulement contraires aux lois, mais contraires à la constitution : « le Président du Reich peut, lorsque la sûreté et l'ordre public sont gravement troublés ou compromis dans le Reich, prendre des mesures nécessaires pour leur établissement... A ces fins il peut suspendre momentanément l'exercice de tout ou partie des droits fondamentaux garantis aux articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 et 153 ». Ces décrets-lois peuvent être pris par l'exécutif sans avoir au moins pris l'avis de la Commission Permanente pour la sauvegarde de prérogatives de la représentation nationale instituée par l'article 35. Il n'y a qu'une seule limitation, qui consiste dans l'obligation qu'a le Président, de porter, sans délai, à la connaissance du Reichstag toutes les me-

sures prises et le droit de celui-ci de demander qu'elles soient rapportées.

En voulant renforcer l'exécutif, la constitution de Weimar a rompu l'équilibre qui doit exister entre le législatif et l'exécutif et a donné au Président du Reich des pouvoirs presque illimités. Elle a créé de la même source — la représentation populaire — deux pouvoirs qui risquent de devenir contradictoires, au lieu de créer deux compétences du même pouvoir. Elle a laissé la possibilité d'un antagonisme entre les deux pouvoirs et, dans cette lutte possible, elle a donné au Président des armes beaucoup plus efficaces qu'au Parlement. En effet, le Président du Reich peut dissoudre quand il veut le Reichstag. C'est vrai que, d'après l'article 43, il peut aussi être destitué par un plébiscite proposé par le Reichstag, mais, pour cette proposition, la Constitution réclame une majorité de deux tiers. D'ici résulte que le Président du Reich peut gouverner contre la majorité du Reichstag, en s'assurant l'appui d'un tiers des voix, chose qui est en contradiction avec le régime parlementaire qui repose sur le principe majoritaire. Par ce dualisme des pouvoirs, par l'insuffisance technique du contrôle et par la contradiction entre l'article 25 et l'article 43 s'explique le déplacement du pouvoir qui s'est produit progressivement en faveur de l'exécutif allemand depuis quelques années. La démocratie parlementaire allemande souffre de cette insuffisance technique. Les pouvoirs, accordés au Président élu par le plébiscite, risquent de conduire à la démocratie césarienne. Il y a en effet deux majorités dans le pays. A la majorité du Reichstag, on ne manque pas d'opposer la majorité, plus compacte, qui a élu le président du Reich.

L'exécutif allemand a fait une large application des dis-

positions de l'article 48. La loi prévue par l'alinéa final de cet article et qui devait formuler les détails de l'application de mesures exceptionnelles, n'a pas encore été votée ; ainsi on s'est contenté de la procédure sommaire prévue par la constitution. En 1924, les ordonnances données en vertu de l'article 48 dépassaient la centaine. En 1923, des « lois de nécessité » ont donné au gouvernement du Reich, jusqu'au 15 février 1924, « le pouvoir d'édicter des dispositions exceptionnelles en matière économique, sociale et financière » ; c'était donc des véritables lois de pleins pouvoirs.

En vertu de l'article 48, il a été édicté par le Président, des ordonnances pour la défense de la République le 26 et 29 janvier 1922, remplacées par la loi du 17 juin 1922. Une loi du 12 juin a prorogé pour deux ans la validité de la loi du 17 juin 1922 (1).

Depuis que la crise économique a commencé, la lutte des partis politiques en Allemagne est devenue de plus en plus aiguë. Les gouvernements nommés par le Président du Reich depuis 1930 jouissent d'une petite minorité parlementaire qui les tolère plutôt qu'elle ne les soutient. Pour éviter les discussions orageuses du Reichstag, ces gouvernements font souvent appel à l'article 48, alors même qu'aucune urgence n'est imposée par les nécessités. Ainsi on est arrivé au système de la dissolution du Reichstag, d'abord sous prétexte qu'il n'exprimait pas l'opinion publique et que dans les nouvelles élections le gouvernement obtiendra une majorité plus convenable, et ensuite, sous le motif qu'il se proposait d'annuler un décret présidentiel pris

(1) Cf. Delpéch et Laferrière, *Les constitutions modernes*, 1928, t. I, p. 69.

conformément à l'article 48. Ainsi, la plupart du temps, le gouvernement du Reich s'est contenté de gouverner par des décrets-lois qui n'arrivaient pas à être discutés devant le Reichstag, parce qu'il était dissous avant qu'il eût la possibilité de le faire. D'ailleurs tous les gouvernements « autoritaires », qui n'ont pas eu la confiance du Parlement, se sont avoués vite d'une faiblesse incontestée et ont dû abandonner le pouvoir.

On peut dire que depuis quelque temps la crise constitutionnelle en Allemagne est déclarée. Elle ne peut être légalement résolue que par une adaptation de l'exécutif au régime parlementaire ou par une révision constitutionnelle organisant un exécutif fort dans les cadres mêmes du parlementarisme. Jusqu'alors les mesures prises en vertu de l'article 48, bien que conformes à la lettre de la constitution, apparaîtront comme illégales et produiront toujours une réaction dans l'opinion publique.

L'organisation de la compétence législative du pouvoir exécutif a été soigneusement réglementée par la nouvelle constitution espagnole. Il semble que les constituants espagnols aient eu présentes à leurs esprits les difficultés surgies en Allemagne du fait du conflit entre les deux pouvoirs. Ainsi les décrets-lois en cas d'urgence sont pris, d'après la constitution espagnole, par une collaboration entre l'exécutif et le législatif agencée de telle manière qu'elle ne nuise pas au caractère d'urgence de ces mesures. D'après l'article 90, le Président de la République, quand le congrès ne sera pas réuni, après la proposition et l'avis unanime du gouvernement, pourra dans des cas exceptionnels et urgents, quand la défense de la République l'exigera, prendre des décrets ayant valeur de lois. Mais ces décrets doivent au préalable avoir l'approbation de la Députation Permanente

exprimée par la majorité de deux tiers. La Députation Permanente, conformément à l'article 62, est élue par la Chambre des Cortès et représente les différentes fractions politiques en proportion avec leur force numérique.

Les attributions de cette Députation Permanente des Cortès sont d'assister le gouvernement dans des cas difficiles où les textes de la loi et de la constitution sont insuffisants pour parer au péril qui menace la République et pour satisfaire les nécessités urgentes de la vie sociale. Elles ont pour but de renforcer le pouvoir de l'exécutif de telle manière qu'après un an de vie constitutionnelle le Président du Conseil espagnol puisse dire en toute vérité : « Je suis partisan d'un pouvoir exécutif énergique, mais non d'un pouvoir exécutif arbitraire » (1).

21. — *Organisation constitutionnelle des nécessités sociales.*

Il y a dans chaque Etat, quelque soit la forme sous laquelle il se présente, un minimum d'exigences sociales qui consiste dans la protection de tous les membres de la collectivité, à quelque classe qu'ils appartiennent. Cette protection ne se manifeste pas seulement sous la forme négative, mais aussi sous la forme positive plus ou moins marquée, qui consiste dans la préoccupation des gouvernants de satisfaire les besoins et d'assurer le bien-être matériel des sujets, dans la mesure où ce bien-être n'est pas en contradiction avec la forme politique dominante. Le bien-être des sujets est considéré par les gouvernants, non avec un sentiment désintéressé, mais avec le sentiment de leurs

(1) *Le Temps* du 17 mars 1932.

propres intérêts, intérêts de domination sociale et politique qui peut s'accorder assez bien avec une situation florissante de la masse des individus qui composent la collectivité.

Tant que l'Etat est caractérisé par une domination d'une minorité sur la majorité de la masse des citoyens, en pratique il peut arriver des contingences économiques et sociales où le bien-être de la majorité des gouvernés soit en contradiction avec les intérêts de la classe ou de la caste dominante. Alors le bien-être de la grande masse des individus est fatalement négligé devant les intérêts de la classe minoritaire. Donc le bien-être social est considéré ou non comme le but de l'Etat, suivant qu'il coïncide ou non avec les intérêts de la classe minoritaire et dominante dans l'organisation étatique.

Avec l'avènement de l'idée démocratique, qui idéalement suppose la confusion entre gouvernants et gouvernés, et pratiquement la domination des majorités sur les minorités, l'idée du bien-être social peut se poser plus aisément. Dans la démocratie idéale, l'idée de bien-être devient le but même de l'Etat. Dans la démocratie majoritaire, l'idée de majorité et minorité interchangeable n'exclut pas en théorie l'attribution du bien-être social comme but de l'Etat. Mais en pratique, les réalisations sociales contraires aux intérêts de la classe majoritaire, ne se font que dans la mesure où la classe minoritaire a acquis une certaine force politique pour l'opposer au pouvoir. Les constitutions élaborées sous les auspices d'une classe sociale puissante n'envisage les nécessités sociales des masses populaires que tout au plus sous une forme énonciative sans penser à leur donner une organisation adéquate.

L'esprit intégraliste jacobin a manifesté une attitude

sociale logiquement conforme avec la démocratie idéale, dans le projet de constitution de Robespierre (1). D'après lui (art. 9) la propriété « ne peut porter un préjudice ni à la sûreté, ni à la liberté, ni à la propriété de nos semblables ». Dans son article 11 il proclamait les obligations sociales de l'Etat ; « Toute société est obligée de pourvoir à la subsistance de tous ses membres, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'existence à ceux qui sont hors d'état de travailler ». L'article 14 demandait « de mettre l'instruction à la portée de tous ».

Quand Robespierre faisait ce projet, il ne se rendait pas compte de la réalité sociale qui veut que la classe qui détient le pouvoir, l'emploie d'abord dans son intérêt et ensuite dans l'intérêt de tous les membres de la collectivité sans exception. La classe, qui a conquis le pouvoir après la Grande Révolution, était la bourgeoisie enrichie, qui voulait à tout prix garder et consolider ce pouvoir. En effet, toutes les constitutions depuis 1783 sont marquées par ce souci de la nouvelle classe dominante de conserver ses droits acquis.

En dehors de quelques allusions dans la constitution de 1791 (Titre I), la constitution de 1793 (art. 21) et dans les déclarations de droit qui précèdent la constitution de 1848 (IV, VII, VIII),— des pétitions de principe qui n'ont eu aucune suite et aucune organisation, — toutes les autres constitutions, non seulement de la France, mais de toute l'Europe du XIX^e siècle, n'ont montré aucune préoccupation d'organiser les nécessités sociales, aucun soin de protéger

(1) Aulard, *La société des Jacobins*, t. V, p. 150, cité par Mirkin Guetzevitch dans *Les nouvelles tendances...* *Revue de droit public*, 1928, p. 48.

le travail ou au moins de permettre, par la liberté d'association, que le travail se protège lui-même. L'Etat ne songe jamais à assurer à tous ses sujets un minimum de bien-être au moins. Tous les droits sont proclamés organisés et garantis, sauf celui de la vie. Sous le nom de libéralisme, on proclamait le droit de celui qui était momentanément le plus fort.

La Déclaration des droits de 1789 (art. 17) proclame : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. » La constitution de 1791 (art. 4) confirme l'inviolabilité de la propriété et l'indemnité préalable pour ceux dont la nécessité publique « exigerait le sacrifice ». La Convention nationale, le premier jour de sa réunion, donne un décret (du 21 septembre 1792) déclarant que « les personnes et les propriétés étaient sous la sauvegarde de la nation », et le 18 mars 1893 elle établit la peine de mort contre quiconque « proposerait une loi agraire ou toute autre subversive des propriétés territoriales, commerciales et industrielles ».

Toute cette législation, toutes ces déclarations constituaient la réaction des nouveaux détenteurs du pouvoir contre la logique de l'idéologie qui les y amena. L'idée dominante des législateurs révolutionnaires était de conserver les propriétés à leurs titulaires. Ils voulaient mettre ce droit à l'abri de toute revendication possible et de toute atteinte, même celle du législateur à venir. Ils ont donné à la propriété un caractère sacré et inviolable parce que le Tiers Etat, nouveau détenteur du pouvoir, était formé en grande majorité de propriétaires qui voulaient conserver leurs biens et non parce que dans leur idéologie révo-

lutionnaire la propriété fût considérée comme un droit aussi sacré que celui de la liberté par exemple. Et la preuve que leur pensée intime sur le caractère de la propriété n'était pas conforme à celle exprimée par les textes des Déclarations et des constitutions, c'est qu'ils n'hésitèrent pas à confisquer sans indemnité, par les lois du 9 août 1789 et celle du 18 mars 1790, les biens du clergé et de la noblesse. Les constitutions ultérieures, élaborées toutes par une classe de propriétaires, confirme la même notion : Déclaration des droits de l'an III (art. I et V) ; charte de l'an 1814 (art. 19), charte de 1830 (art. 8) ; constitution de 1848, déclaration préliminaire (art. 4 et 8 et art. 11) ; constitution de 1852 (art. 26).

Cette notion de propriété, droit absolu, a été consacrée par l'article 544 du Code Napoléon : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les règlements. » Le concept de propriété formulé par l'article 544 du Code civil français a été adopté par toutes les constitutions et les législations pendant le XIX^e siècle.

Mais en dépit des Déclarations des droits et des textes constitutionnels, la réalité juridique s'est organisée d'elle-même, progressivement, dans le sens de la satisfaction des nécessités sociales. Grâce au système représentatif, les revendications sociales de la classe minoritaire ont pris la forme législative ; les nécessités sociales se sont peu à peu organisées juridiquement. Le droit d'association est d'abord toléré, puis reconnu légalement, et enfin l'Etat tend de plus en plus à organiser lui-même les associations. Une institution de protection du travail apparaît. Enfin l'Etat se voit imposer de plus en plus l'obligation impé-

rieuse de veiller au bien-être, à la sécurité matérielle, à l'instruction des masses populaires. Les droits individuels commencent à être conçus sous un autre aspect : sous l'aspect de leur fonction sociale.

La notion du droit de propriété ayant le caractère absolu que lui donnaient les Déclarations constitutionnelles et l'article 544 du Code civil s'est sensiblement transformée. De nombreuses limitations d'ordre jurisprudentiel et législatif ont fait de ce droit absolu une situation juridique qui n'a de sens que par sa fonction sociale (1). Si le droit n'est pas encore arrivé d'une façon catégorique à cette affirmation, du moins la tendance vers ces solutions nous semble incontestable. M. Hauriou même disait : « Descendons dans le plus individualiste des droits individuels, le droit de propriété privé, l'élément de fonction est caché » (2).

La guerre a contribué énormément à la transformation de la notion propriété-droit absolu en notion propriété-fonction sociale. Elle a démontré que la propriété n'est pas seulement une source de droit, mais aussi une source d'obligations ; elle a démontré aussi qu'elle n'est pas un droit tellement intangible que le Tiers Etat vainqueur a voulu consacrer. Des lois, comme la loi française du 6 octobre 1915, sont intervenues, dans tous les pays en guerre pour obliger les propriétaires de terres de culture de cultiver leurs ter-

(1) Cf. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 445 et suiv., t. II, p. 654 et suiv., t. III, p. 249 et suiv. — Cf. : *Les transformations du droit civil* ; Mestre, *Remarques sur la notion de propriété dans l'œuvre de M. Duguit*, dans *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1932, p. 163 et suiv. ; H. Lasky, *A grammar of politics*, p. 173, 215 et suiv. ; Kouchansky, *L'évolution du droit de propriété*, dans la *Revue du droit public*, 1929, p. 215 ; Em. Lévy, *La vision socialiste du droit*, Paris, Giard, 1912.

(2) Hauriou, *Précis du droit public*, p. 38.

rains dans l'intérêt de l'économie nationale. Après la guerre, des lois sur la location urbaine ont imposé partout aux propriétaires de maisons un usage de leurs immeubles qui n'était pas du tout conforme à leurs intérêts, mais qui était pourtant imposé par la nécessité sociale. Cet usage était loin de correspondre à la définition du droit de propriété donnée par l'article 544 Code civil.

Dans quelques pays du sud-est européen, tels que la Roumanie, la Yougoslavie et la Pologne, les transformations sociales déterminées par la guerre ont obligé les gouvernants d'exproprier les grands domaines ruraux et les partager aux paysans. Cette expropriation, incompatible avec la conception traditionnelle de propriété, s'est faite soit par une violation constitutionnelle, soit par une disposition adéquate et une définition plus souple de la propriété dans une constitution nouvelle. Ainsi en Roumanie, la constitution de 1923, intervenue après l'expropriation, a constitutionnalisé, dans son article 131, les dispositions des lois agraires antérieures. Cette intégration a été trouvée nécessaire parce que les lois d'expropriation agraire étaient inconstitutionnelles. En effet, l'ancienne constitution roumaine de 1864 — comme d'ailleurs la nouvelle — prévoyait seulement l'expropriation pour l'utilité publique et dans la conception traditionnelle d'utilité publique la notion de nécessité sociale n'est pas comprise. L'article 98 de la constitution polonaise donne la possibilité d'expropriation des terres en vertu d'une réforme agraire imposée par les nécessités d'ordre social et économique. La même chose se trouve dans l'article 91 de la constitution lithuanienne.

Quelques nouvelles constitutions d'après guerre ont donné une définition de la propriété telle, qu'elle n'est plus un droit respecté et protégé que dans la mesure où

elle correspond à une fonction de la vie sociale. Elle cesse d'être un droit, absolu alors que les nécessités sociales demandent impérieusement qu'on y porte atteinte.

Dans la constitution de Weimar la propriété est garantie (art. 153), mais les limites et le contenu en sont fixés par les lois. Il y est dit expressément : « La propriété entraîne des obligations. L'usage en doit être également fait dans l'intérêt général. » Bien plus, on prévoit des cas où la nécessité sociale peut demander des sacrifices aux propriétaires, aussi bien que l'utilité publique. L'article 156 prévoit le cas où le Reich, par une loi, et après indemnisation, peut transférer à la collectivité la propriété des entreprises privées susceptibles d'être socialisées en faisant participer les pays, les communes et lui-même dans l'administration de ces entreprises. Il peut en outre, « en cas de nécessité urgente, décider par une loi la réunion en une exploitation collective, sur la base de l'autonomie des entreprises et sociétés économiques, en vue d'assurer la collaboration de tous les facteurs de la production, de faire participer à l'administration les patrons et les ouvriers et de régler d'après les principes collectivistes la production, la création, la distribution, l'emploi, les prix... ».

L'article 109 de la constitution tchécoslovaque permet d'apporter des restrictions à la propriété par la loi et permet aussi l'expropriation sans indemnité quand une loi en dispose.

L'article 37 de la constitution de Yougoslavie réserve à la loi ordinaire l'attribution de déterminer le contenu, la nature, l'étendue et les limites de la propriété dont « il ne peut en être fait usage au préjudice des intérêts de la communauté ».

Enfin la nouvelle constitution espagnole du 9 décembre

1931, par son article 44, affirme nettement le caractère de fonction sociale de la propriété : « Toute richesse du pays quelque soit son propriétaire, est subordonnée aux intérêts de l'économie nationale et affectée à faire face aux charges publiques conformément à la constitution et aux lois ». Elle prévoit le cas et les conditions où la propriété pourra être socialisée. Ainsi « les services publics et les exploitations qu'affecte l'intérêt général peuvent être nationalisés dans les cas où la nécessité sociale l'exige ». Le texte du projet correspondant à cet article était plus catégorique ; il disait : « L'Etat, qui reconnaît actuellement la propriété privée en raison directe de la fonction utile que remplit par elle le propriétaire, procédera de façon graduelle à sa socialisation » et « dans les cas où la nécessité sociale l'exigera, le Parlement pourra décider qu'il sera procédé à une expropriation sans indemnité ».

On a dit de la nouvelle constitution espagnole qu'elle est une charte octroyée provisoirement par le parti socialiste. On a expliqué aussi les dispositions relatives à la propriété dans certaines constitutions nouvelles d'après-guerre, comme la constitution du Reich, par l'influence des socialistes à l'élaboration de ces constitutions. On a rapproché, et avec raison, ces dispositions de celles de l'article 58 du Code civil soviétique du 1^{er} janvier 1923 qui dit : « Au propriétaire appartient, dans les limites de la loi, le droit de possession, d'usage et de disposition de la chose » et surtout de celle de l'article 1^{er} du même Code qui dit : « Les droits civils jouissent de la protection des lois sous réserve des cas où ils sont en contradiction avec leur destination sociale et économique ». Pourtant, dans certains pays où la contribution des idées socialistes fut insignifiante dans l'élaboration de la nouvelle constitution, comme les pays

agricoles, nous trouvons la même définition souple du droit de propriété, la même possibilité d'en fixer son contenu et ses limites par des lois ordinaires, afin de pouvoir satisfaire les exigences de la vie sociale par la voie législative ordinaire.

Nous avons eu en Roumanie un exemple récent qui montre comment un texte constitutionnel rigide et imprévoyant peut empêcher la satisfaction, dans les cadres de la légalité constitutionnelle, des nécessités sociales d'une incontestable urgence. A cause de la déflation monétaire de ces derniers temps, il est arrivé que la valeur des créances particulières se trouve énormément accrue par rapport à la valeur du moment de leur formation, de telle sorte que les patrimoines des débiteurs sont devenus insuffisants pour les couvrir. L'énorme baisse des produits agricoles et la déflation monétaire menaçaient les paysans de se voir dépossédés de leurs terres, si leurs créances étaient réalisées à leur valeur initiale, c'est-à-dire à celle du moment où la monnaie avait été le plus dévalorisée. L'opinion publique du pays fut unanime à admettre qu'une réadaptation de ces créances à la valeur courante de la monnaie et plus conforme au prix des produits agricoles serait juste et nécessaire, pour empêcher la ruine des principaux facteurs de la richesse nationale.

Le 19 avril 1932 le Parlement roumain votait une loi de la conversion des dettes agricoles qui réduisait le quantum de ces dettes et autorisait le paiement dans un délai plus ou moins prolongé. Tous les partis politiques se trouvèrent d'accord sur la nécessité, l'opportunité et la justesse du principe de cette loi, chose qui n'est pas facile en Roumanie où les dissensions politiques sont assez aiguës. Mais cette loi, dont la nécessité sociale est incontestée, violait

le texte de la constitution roumaine de 1923 qui, dans son article 17, se contente d'employer la vieille formule : « La propriété de toute nature ainsi que les créances sur l'Etat sont garanties ». Il restait donc entendu, qu'à défaut d'une autre précision constitutionnelle, le sens de la propriété restait celui conforme à la tradition et exprimé par l'article 544 du Code civil français. Il est donc hors de doute que la loi de la conversion était contraire à la lettre de la constitution roumaine.

La question fut déduite devant la Cour de cassation, toutes Chambres réunies qui, par sa décision du 17 novembre 1932, décidait de l'inconstitutionnalité. Chose curieuse et très caractéristique pour l'insuffisance technique d'une constitution : le Procureur général de la Cour de cassation, dans ses conclusions, ne conteste pas en principe, ni l'équité, ni la nécessité de la réduction de certaines créances, mais il ne réclame pas moins la condamnation de la loi comme non conforme au texte constitutionnel.

* * *

Depuis la guerre, le point de gravité de tout gouvernement est situé dans le domaine économique et financier. On a appelé cette situation — à tort d'après nous — la primauté de l'économique sur le politique. L'économique ne peut jamais être dissocié du politique.

Un grand nombre de réformes sont devenues nécessaires pour réaliser dans le domaine économique les exigences réclamées par l'Etat démocratique. La production et la circulation des richesses doivent être aménagées de telle manière que le bien-être de la plus grande masse des individus soit assuré. Cette préoccupation qui n'a pas manqué

de surgir dans tous les Etats civilisés, a pris une expression constitutionnelle dans les Déclarations des droits incluses dans les constitutions nouvelles d'après-guerre.

Dans la constitution de Weimar (art. 151), il est écrit : « La vie économique doit être organisée conformément aux principes de la justice et en vue de garantir à tous une existence digne de l'homme ». Elle affirme l'obligation pour tout Etat de veiller à la répartition et l'utilisation du sol, de telle manière que tout Allemand ait une habitation saine (art. 155). Le travail manuel et intellectuel est mis sous la protection de l'Etat (art. 158, 159) et la liberté d'association pour la protection du travail est garantie (art. 159 et 160). En outre, l'Etat est obligé par la constitution (art. 161), d'organiser un système d'assurances sociales « pour la conservation de la santé et de la capacité du travail, la protection de la maternité et la prévoyance contre les conséquences économiques de la vieillesse, de l'invalidité et des accidents ». Le droit au travail est proclamé par l'article 163 : « La possibilité doit être donnée à tout Allemand de gagner sa vie par un travail productif » et l'assurance contre le chômage : « Au cas où une occupation convenable ne peut lui être procurée, on lui assurera les moyens d'existence nécessaires. »

De semblables préoccupations se trouvent aussi dans d'autres constitutions d'après guerre. La constitution de Dantzig du 11 novembre 1922 (art. 111) : « Le sol avec ses forces et ses richesses devra être soumis à un droit qui empêche tout abus et donné à chaque famille de la ville libre la possibilité de créer une demeure familiale ». La constitution de l'Estonie du 15 juin 1920, dans son article 25, proclame : « L'organisation de la vie économique en Estonie doit répondre aux principes de justice qui visent à procurer

aux citoyens les moyens de mener une vie digne d'un homme par les lois appropriées, destinées à leur assurer des terres cultivables, un domicile, à protéger la personne et le travail, à leur garantir l'assistance nécessaire pendant la jeunesse, la vieillesse ou en cas d'incapacité ou d'accident de travail. » Les constitutions de Tchécoslovaquie (art. 109), de Pologne (art. 97), et de Yougoslavie (art. 43) permettent l'expropriation des grands domaines pour les distribuer aux paysans afin d'assurer leur bien-être.

Enfin la nouvelle constitution de l'Espagne qui, d'après son article 1^{er} est « une République démocratique des travailleurs de toutes catégories qui s'organisent en régime de liberté et de justice », marque le souci le plus sérieux de permettre les réformes dictées par les nécessités sociales dans l'esprit et la lettre de la constitution. L'article 46 considère le travail comme une obligation sociale et lui assure la protection de l'Etat. « La République assurera à tout travailleur les conditions nécessaires à une existence digne. La législation sociale réglera les cas d'assurance sur les maladies, accidents, chômage, vieillesse, invalidité et mort ; le travail des femmes et des enfants et spécialement la protection de la maternité, la journée de travail et le salaire minimum et familial ; les vacances annuelles payées, la situation des travailleurs espagnols à l'étranger ; les institutions corporatives, les relations économique-juridiques des facteurs qui concourent à la protection ; la participation des ouvriers à la direction, à l'administration et aux bénéfices des entreprises et tout ce qui concerne la production des travailleurs. » L'enseignement des masses dans un pays où le nombre d'analphabets s'élève à plus de 60 % constitue une attribution essentielle que la nouvelle constitution donne à l'Etat. L'article 48 trace la voie de

la législation en proclamant que : « La République légifèrera de façon à faciliter aux Espagnols nécessiteux l'accès à tous les degrés de l'enseignement, afin que celui-ci ne dépende plus que de l'aptitude et de la vocation. »

Par le contenu qu'elle donne à la notion de propriété et par la préoccupation d'ouvrir les portes de la légalité aux nécessités d'ordre social qui agitent la vie économique, la nouvelle constitution espagnole, pareille aux autres constitutions de l'Europe nouvelle, donne la possibilité à toutes transformations sociales de s'accomplir sans violence, sans rupture de continuité et sans arbitraire. En effet, depuis plus d'un an le Parlement espagnol a voté de nombreuses réformes radicales, comme par exemple la réforme agraire, qui ont donné à l'Espagne un tout autre aspect plus conforme à la civilisation de notre siècle. Pourtant toutes ces réformes se sont accomplies en ordre et conformément aux principes de la légalité.

Un écrivain de talent, qui a eu l'occasion de voir la Russie nouvelle et aussi l'Espagne, quelque temps après sa révolution de 1931, faisait, à son retour de ce deuxième voyage, la comparaison entre Lénine qui, après son arrivée au pouvoir, n'a donné que deux décrets : un pour la paix et l'autre pour le partage des terres, et la révolution espagnole qui a trouvé nécessaire de voter une grande constitution et un grand nombre de lois de toutes sortes. Il croyait constater que la révolution espagnole n'est pas faite, elle est à faire (1). Quant à la révolution sociale en Russie, elle non plus n'est pas faite, elle est à faire ; mais tandis qu'en Espagne la révolution sociale s'accomplit sans violence, dans l'ordre,

(1) Pierre Dominique, *Notes sur la pseudo-révolution espagnole*, dans la revue *Plans*, n° 11 de janvier 1932, p. 97.

avec le respect du droit et conformément aux véritables nécessités des masses populaires, celle des U. R. S. S. s'accomplit dans l'arbitraire et au mépris des vraies nécessités de la population, laquelle n'est pas admise à donner son avis sur ce qu'on prétend faire dans son intérêt. C'est là l'antagonisme entre deux conceptions du droit, deux civilisations et deux mondes différents.

Vu :

Le Président de la thèse,
J. BARTHÉLEMY.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,
H. BERTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

TABLE BIBLIOGRAPHIQUE

- C. ANDER. — *Introduction à la Théorie systématique des droits acquis* de F. Lassale. Paris, 1904.
- M. ADLER. — *Démocratie politique et démocratie sociale*. Bruxelles, L'Eglantine, 1930.
- AULARD. — *L'histoire politique de la Révolution française*. Paris, Colin, 1901.
- *La théorie de la violence et la Révolution française*. J. off. du 7 avril 1923.
- Mme BALACHOWSKY-PETIT. — *La loi et l'ordonnance dans les Etats qui ne connaissent pas la séparation des pouvoirs législatifs et exécutifs*. Thèse Paris, 1901.
- J. BARTHÉLEMY. — *Introduction au régime parlementaire en France sous Louis XVIII et Charles X*. Paris, 1904.
- *Notes parlementaires*, dans *Revue du droit public*, 1907.
- *La distinction entre la loi et l'ordonnance dans la Monarchie de Juillet*, dans *Revue du droit public*, 1909.
- *Du renforcement du pouvoir exécutif en temps de guerre*, dans *Problèmes de politique et de finances*. Paris, Alcan, 1915.
- *Le droit public pendant la guerre*, dans *Revue du droit public*, 1915.
- *La crise de la démocratie contemporaine*. Paris, Lévy, 1931.
- J. BARTHÉLEMY et DUEZ. — *Traité élémentaire de droit constitutionnel*. Paris, Dalloz, 1924.
- H. BERTHÉLEMY. — *La méthode applicable à l'étude du droit administratif*, dans *Méthodes juridiques*. Paris, Alcan, 1911.
- BLUNTSCHLI. — *La politique*, trad. Ridmatten. Paris, Guillaumin, 1879.
- BODIN. — *Les six livres et la république*.
- BRYCE. — *Les démocraties modernes*. Paris, Payot, 1924.
- A. BOSCH. — *Les actes de gouvernement et la théorie de pouvoirs de guerre*, dans *Revue du droit public*, 1926.
- C. BOUGLÉ. — *Les idées égalitaires*. Paris, Alcan.
- *Les socialismes françaises*. Paris, Colin, 1932.
- C. BOUGLÉ et RAFFAULT. — *Eléments de sociologie*. Paris, Alcan, 1926.
- E. BOUTMY. — *Le développement de la constitution et de la société politique en Angleterre*. Paris, Plon, 1887.
- J. CHARMONT. — *Les interprètes du code civil*, dans *Le Livre du Centenaire*, t. I, 1904.
- CHIMIENTI. — *Droit constitutionnel italien*. Paris, Giard, 1932.
- AUG. COMTE. — *Système de politique positive*, t. IV.

- F. DE COULANGE. — *La cité antique*. Hachette, 1892.
- J. CRUET. — *La vie du droit et l'impuissance des lois*. Paris, Flammarion, 1908.
- *Etude juridique sur l'arbitraire administratif*. Thèse Paris, 1906.
- CURTIVUS. — *Essai sur la France*. Paris, Grasset, 1932.
- J. DECLAREUIL. — *Histoire du droit français*. Paris, Sirey, 1925.
- DELPECH et LAFERRIÈRE. — *Les constitutions modernes*, 3 vol. Paris, Sirey, 1928-1932.
- DICEY. — *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*. Trad. Batut et Jèze. Paris, Giard, 1902.
- P. DOMINIQUE. — *Sur la pseudo-révolution espagnole dans la revue Plans*, 1932.
- L. DUGUIT. — *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. Paris, Fontemoing, 1901.
- *L'Etat, les gouvernants et les agents*, II. Paris, 1903.
- *Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel*, dans *Revue du droit public*, 1918.
- *Les transformations du droit public*. Paris, Colin, 1925.
- *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. Paris, Alcan, 1912.
- *Traité du droit constitutionnel* en 5 vol., 3^e édit. Paris, Boccard, 1927-1930.
- DURKHEIM. — *De la division du travail social*. Paris, Alcan, 1926.
- A. ESMEIN. — *Princeps legibus solutus*, dans *Essays in legal history*. London, Oxford university press, 1913.
- *Histoire du droit français*. Paris, Sirey, 1927.
- ESMEIN et NÉZARD. — *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, t. I. Paris, Sirey, 1927.
- E. D'EICHTAL. — *L'Etat et les collectivités organisées*, dans la *Revue des sciences politiques*, 1931.
- P. ERRERA. — *L'interdépendance des pouvoirs en Belgique*, dans *Revue du droit public*, 1901.
- FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I.
- F. GÉNY. — *Les procédés de l'élaboration du Code civil*, dans *Les méthodes juridiques*. Paris, Alcan, 1911.
- *Méthode d'interprétation et source en droit positif français*, 2 vol. Paris, 1919.
- F. GOODNOW. — *Les principes du droit administratif des Etats-Unis*, trad. A. et G. Jèze. Paris, Giard, 1907.
- G. GOURVITCH. — *Le temps présent et l'idée du droit social*. Paris, Vrin, 1931.
- M. HAURIOU. — *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris, Sirey, 1924.
- *Précis du droit constitutionnel*. Paris, Sirey, 1923.
- IHERING. — *Der zweck im Recht*, t. I, trad. française sous le titre de *L'Evolution du droit*. Paris, Marescq, 1901, et t. II, Leipzig, 1905.
- *La lutte pour le droit*. Paris, 1890.
- *L'esprit du droit romain*, t. IV, trad. Meulenaere. Paris, Marescq, 1888.
- G. JÈZE. — *L'exécutif en temps de guerre, les pleins pouvoirs*. Paris, Giard, 1917.
- *La théorie des pouvoirs de guerres et les actes de gouver-*

- nement, dans *Revue du droit public*, 1924.
- *Principes généraux de droit administratif*. Paris, Giard, 1926.
- JOSSERAND. — *Cours de droit public*, t. I. Sirey, 1924.
- H. DE JOUVENEL. — *Pourquoi je suis syndicaliste ?* Paris, Ed. de France, 1926.
- KANT. — *La doctrine du droit*, trad. Barni. Paris, Durand, 1853.
- H. KELSEN. — *Allgemeine Staatslehre*. Berlin, Enzyklopedie der Rechts, 1925.
- *Les garanties juridictionnelles de la constitution dans la Revue du droit public*, 1928.
- *La théorie générale de l'Etat*, dans *Revue du droit public*, 1926.
- *La démocratie, sa vertu, sa valeur*. Sirey, 1932.
- KOUCHANSKI. — *L'évolution du droit de propriété*, dans *Revue du droit public*, 1929.
- ED. LAMBERT. — *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*. Paris, Giard, 1921.
- LALANDE. — *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. Paris, 1926.
- LABAND. — *Le droit public de l'empire allemand*. Giard, 1901.
- H. LAGARDELLE. — *Les sources du syndicalisme dans la revue Plans*, 1932.
- LARNAUDE. — *Le droit public, sa compétence, sa méthode*, dans *Les méthodes juridiques*, 1911.
- F. LAURENT. — *Principes de droit public*, t. I. Bruxelles-Paris, 1877.
- H. LASKY. — *A grammar of politics*, 2^e éd. London, 1931.
- *La conception de l'Etat d'après M. Duguit dans Arch. de Philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1932.
- LE BRET. — *De la souveraineté*. Paris, l'Humanité, 1925.
- LENIN. — *L'Etat et la révolution*. Paris, Foi catholique, 1914.
- LE FUR. — *L'équivoque démocratique*. Paris, Foi catholique, 1914.
- M. LEROY. — *La loi, essai sur la théorie de l'autorité sous la démocratie*. Giard, Paris, 1908.
- EM. LÉVY. — *Vision socialiste du droit*. Paris, Giard.
- LAWRENCE-LOWEL. — *L'opinion publique et le gouvernement populaire*. Paris, Giard, 1924.
- LOYSEL. — *Institutions coutumières*.
- MADÉLIN. — *Le Consulat et l'Empire*. Paris, Hachette, 1932.
- C. DE MALBERG. — *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 2 vol., Sirey, 1921.
- *La loi expression de la volonté générale*. Paris, Sirey, 1931.
- MASARIK. — *Sur le bolchevisme*. Genève, 1921.
- A. MESTRE. — *Le cours de droit administratif (contentieux)*, 1929-1930.
- *Remarques sur la notion de propriété dans la doctrine de M. Duguit dans Archives de philosophie de droit et de sociologie juridique*, 1932.
- B. MIRKINE GUETZEVITCH. — *La théorie générale de l'Etat soviétique*. Paris, Giard, 1927.
- *Les constitutions de l'Europe nouvelle*. Paris, Delagrave, 1928.
- *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*. Paris, Giard, 1931.
- B. MIRKINE GUETZEVITCH et A. TIBAL. — *L'Autriche*. Paris, Delagrave, 1932.

- *La Tchécoslovaquie*. Paris, Delagrave, 1929.
- MONTESQUIEU. — *L'Esprit des Loix*.
- MORET et DAVY. — *Des clans aux empires*. Paris, 1923.
- P. NEGULESCO. — *Tratat de drept administrativ roman*. Bucarest, 1925.
- E. PIERRE. — *L'organisation intérieure du pays en cas de guerre*. Paris, Quantin, 1890.
- *Du pouvoir législatif en cas de guerre*. Quantin, Paris, 1890.
- R. POINCARÉ. — *Au service de la France* : t. IX, *L'année trouble*. Paris, Plon, 1932.
- A. POSADA. — *La nouvelle constitution espagnole*. Paris, Sirey, 1932.
- C. RARINCESCO. — *Decretele-legi si dreptul de necesitate*. Bucarest, 1924.
- TH. REINACH. — *L'état de siège et les institutions de salut public à Rome et en France*. Thèse Paris, 1885.
- P. RENOUVIN. — *Les formes de gouvernement de la guerre. Série française*. Paris, Dotation Carnegie.
- ROCHE-FLAVIN. — *Les treize livres du Parlement*.
- ROCCO. — *La crise de l'Etat, la solution fasciste dans la Revue des Vivants*, 1927.
- *La transformation de l'Etat dans l'Etat mussolinien*, documents réunis par T. Sylviani. Paris, Plon, 1931.
- L. ROLLOD. — *Précis de droit administratif*. Dalloz, 1930.
- P. ROMAIN. — *L'état de siège politique*. Thèse Toulouse, 1918.
- J.-J. ROUSSEAU. — *Le Contrat social*.
- R. SALEILLES. — *Le Code civil et la méthode historique dans Le Livre du Centenaire*, t. I, 1904.
- G. SCELLE. — *Le droit ouvrier*, 1^{re} éd. Paris, Colin, 1922.
- M. SEMBAT. — *Faites un roi, ou sinon, faites la paix*. Paris, 1913.
- SUMNER-MAIN. — *Etude sur l'ancien droit et la coutume primitive*. Paris, Thorin, 1884.
- G. TARDE. — *Les lois de l'imitation*. Alcan, 1890.
- A. TIBAL. — *L'évolution constitutionnelle et parlementaire des Etats européens depuis 1917*. Cours fait à la fondation Carnegie, 1930-1931.
- E. VADASZ. — *La législation d'après guerre en Hongrie*, dans le *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1929.
- CH. DE VISSCHER. — *Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité dans Revue générale de droit international public*, 1917.
- SIR P. VINOGRADOV. — *Principes historiques de droit. Introduction. Le droit de la tribu*, trad. Duez. Paris, Payot, 1924.
- G. DEL VECCHIO. — *A propos de la conception étatique du droit*, dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, 1930.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	7
TITRE I. — L'Etat de droit.	
CHAPITRE PREMIER. — Le concept juridique de la légalité.	
1. La force, origine et cause des transformations de l'Etat.	21
2. Du rapport naturel qui s'établit entre l'Etat et le droit.	31
3. Le principe de légalité comme règle de droit	36
4. Les deux manières de concevoir la légalité	45
CHAPITRE II. — La loi.	
5. Le fétichisme de la loi.	55
6. Les caractères de la loi et sa valeur	60
7. Les transformations du droit à côté de la loi	77
I. La pratique constitutionnelle.	79
II. La pratique gouvernementale et administrative.	83
III. La pratique judiciaire.	85
CHAPITRE III. — Les garanties du principe de légalité.	
8. La subordination des lois	90
9. La séparation des pouvoirs	96
10. La démocratie parlementaire	102
11. Le contrôle juridictionnel des actes du pouvoir	116
TITRE II. — La nécessité inorganisée.	
CHAPITRE PREMIER. — L'alégalisme.	
12. La dictature de parti et de classe	131
13. Le fascisme	144
14. Le soviétisme	163

CHAPITRE II. — *La rupture de légalité.*

	Pages
15. La révolution	174
I. Réforme et révolution	180
II. Révolution et violence	185

CHAPITRE III. — *La fausse nécessité.*

16. Le coup d'Etat	189
I). Le césarisme	197
II). La dictature démocratique	201
17. Les actes de gouvernement et la théorie du droit de nécessité	204

TITRE III. — *L'organisation des nécessités.*

18. Les grandes crises politiques et l'institution de l'état de siège.	224
19. L'expérience constitutionnelle de la grande guerre .	242
I. France	242
II. Angleterre	254
III. Suisse	258
IV. Italie	262
V. Roumanie	264
20. L'exécutif démocratique et les décrets-lois.	268
21. L'organisation constitutionnelle des nécessités so- ciales.	285
Table bibliographique.	301



